الوسيط
في

قانون القضاء المدني

قانون المرافعات المدنية والتجارية
(وأهم التشريعات المكملة له)

تأليف
الدكتور فتحي والي
أستاذ ورئيس قسم المرافعات
بكلية الحقوق ـ جامعة القاهرة
والمحامي أمام محكمة النقض

١٩٨٧
(مصورة من طبعة ١٩٨٦)

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت . القاهرة

مطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقـدمة

١ ـ **ضرورة القضاء** : يستمد القضاء ضرورته فى الدولة من ضرورة وجود قواعد قانونية فى المجتمع . ذلك أن القاعدة القانونيـة تتميز بأنها قاعدة عامة مجردة .

وفى المجرى العادى للأمور ، يقوم الاشخاص باختيارهم بالتقيـد بالقواعد القانونية التى تحكم سلوكهم . وذلك اما عن اقتناع بهـا أو خوفا من التعرض لما تتضمنه من جزاء .

على أن الأمر لايسير دائما على هذه الصورة ، فقد يحدث من أحد الأشخاص ما يعوق تطبيق القاعدة القانونية فى الحالة المعينة . وعندئذ يجب ازالة هذا العائق ، بالعمل على تطبيق القاعدة القانونية ، وذلك حتى يتحقق اشباع المصلحة التى تحميها هذه القاعدة .

وفى مرحلة تاريخية سابقة ، كان هـذا التطبيق يتم بواسـطة ذى المصلحـة محل الحماية القانونية ، ولكن تطور الحضارة دفع بكل مجتمع منظم الى عدم الاعتراف باقتضاء الشخص حقه بنفسه(١) ، والى تولى الدولة بنفسها مهمة التطبيق بواسطة السلطة القضائية . ذلك أن اقتضاء الشخص حقه بنفسه يؤدى الى اشاعة الفوضى وعدم الاستقرار فى المجتمع ، كما أنه يتنافى مع سيادة الدولة .

٢ ـ **تمييز القضاء المدنى** : على أنه بسبب تنوع المصالح محـل الحماية القضائية لا تعمد الدولة الى تنظيم قضاء من نوع واحد . فيوجد

---

(1) Lucisn (François) : l'adage nul ne peut se faire justice à soi-même en général — Annales de la Faculté de droit de Liége 1967 no. 182 pp. 93-133.

الى جانب القضاء المدنى قضاء جنائى ، وقضاء ادارى ، وغير ذلك • ويتحدد القضاء المدنى فى مصر بطريقة سلبية ، فهو كل قضاء غير القضاء الجنائى أو القضاء الادارى أو غيرهما من أنواع القضاء الاخرى •

(أ) أما القضاء الجنائى فيتميز بأنه هو القضاء الذى يضمن استعمال سلطة الدولة فى العقاب • فالقانون الجنائى ينص على بعض أفعال ممنوعة باعتبارها اعتداء على مصالح أساسية للمجتمع ، وهذه هى الجرائم • كما يضع على عاتق من يقوم باحداها عقوبة معينة (١) ، وتكون مهمة القضاء الجنائى هى تأكيد وجود أو عدم وجود جريمة وتحديد عقوبة المجرم •

ويختلف القضاء المدنى عن القضاء الجنائى فى أمرين : الاول اختلاف المصلحة محل الحماية • فالقضاء الجنائى يحقق حماية مصالح موضوعية للمجتمع ، أما القضاء المدنى فانه يحقق أساسا حماية مصالح خاصة للخصوم • والثانى اختلاف الجزاء ، فالقضاء الجنائى يحقق حمايته عن طريق عقاب مخالف القاعدة القانونية ، فى حين أن القضاء المدنى يحقق حمايته عن طريق اصلاح نتائج المخالفة •

ويؤدى اختلاف المصلحة محل الحماية فى كل من القضائين الى اختلاف بينهما فى الوسائل • فالقضاء المدنى كمبدأ عام لايمارس الا بناء على طلب من ذى المصلحة ، ويسوده مبدأ حرية تصرف الاطراف فى مباشرة الاجراءات • أما القضاء الجنائى فانه يمارس بناء على طلب النيابة العامة ، ويسوده مبدأ النشاط التلقائى ، أى اتخاذ القاضى للاجراءات من تلقاء نفسه ، وتمتعه بسلطات واسعة (٢) •

(ب) أما القضاء الادارى ، فقد قيلت لتمييزه عدة معايير ،وأيا كان الامر فان القضاء الادارى فى مصر تتولاه المحاكم الادارية التى لها ولاية

---

(١) Lugo (Andrea) : Manuale di diritto processuale civile, Milano 1958 pp. 5-6.

(٢) Vincent (Jean) : Procédure civile, 18 ême êd, Paris 1976, no. 3 p. 6.

الفصل فى المنازعات الادارية (١) ، مما يصح معه القول بأن القضاء الادارى فى مصر هو القضاء الذى تتولاه المحاكم الادارية . أما ما عداه — باستثناء القضاء الجنائى وغيره من أنواع القضاء المتميز كالقضاء الدستورى — مما تتولاه المحاكم ، فانه يعتبر قضاء مدنيا . وسنعود الى دراسة توزيع ولاية القضاء بين جهة المحاكم وجهة القضاء الادارى فى موضعه المناسب .

٣ — قانون القضاء المدنى : هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم القضاء المدنى وتبين وظيفته ووسيلة أدائه لهذه الوظيفة (٢) .

وقد جرى الاصطلاح فى كثير من الدول على اطلاق اسم « الاجراءات المدنية والتجارية » procédures civiles et commerciales على هذا القانون (٣) . ولكن هذا الاصطلاح قوبل بنقد شديد ، ذلك أن الاجراءات تعنى الاشكال الخارجية للخصومة ، وتنظيم هذه الاشكال الخارجية لا يغنى عن دراسة الخصومة كنظام قانونى (٤) . ومن ناحية أخرى فان الاجراءات المدنية والتجارية توجد فى فروع أخرى من فروع القانون المختلفة . فالقانون المدنى يعرف اجراءات ابرام العقود واجراءات الزواج والوصية .. الخ . والقانون التجارى يعرف اجراءات تكوين الشركات .. الخ . ولو كان الاصطلاح منضبطا لوجب أن يتولى قانون

---

(١) انظر : محمد كامل ليلة : مبادىء القانون الادارى — جزء اول — بيروت ١٩٦٨ — ١٩٦٩ ص ٩٥ .

(٢) انظر تعريفا آخر فى : Solus (Henry) et Perrot (Roger) Droit judiciaire privé t. I. 1961 no. 5 p. 13.

(٣) انظر على سبيل المثال : Cuche (Paul) et Vincent (Jean) procédure civile et commerciale - Paris - Dalloz 1960.

وهو نفس الاصطلاح الذى تأخذ به كل من المجموعة الفرنسية (١٨٠٦ و١٩٧٥) والمجموعة الايطالية (١٩٤٠) . وفى مصر : عبد الباسط جميعى — شرح قانون الاجراءات المدنية — القاهرة ١٩٦٦ .

(٤) Satta (Salvatore) : Della procedura civile al diritto processuale civile, riv. trim. 1964, p.p. 28-29.

الاجراءات المدنية والتجارية تنظيم كل هذه الاجراءات ولكن ما يتناوله هي فقط الاجراءات القضائية (١) .

وقد جرى الاصطلاح التشريعي والفقهي في مصر على تسمية هذا القانون باسم « قانون المرافعات المدنية والتجارية » (٢) . وهي تسمية قاصرة . فالمرافعات هي بعض صور الاجراءات . واذا كان « الكل » قاصرا فناهيك بالجزء .

وقد اقترح الاستاذ موريل René Morél في فرنسا استعمال اصطلاح القانون القضائي Droit judiciaire ، أو بصفة محددة القانون القضائي المدني Civil ويقترح الاستاذ سوليس Solus اصطلاح القانون القضائي الخاص Droit judiciaire privé .

ويعيب تعبير « القانون القضائي » بصفة عامة في رأينا أنه يختلط بتلك القواعد القانونية التي يخلقها القضاء والتي يطلق عليها القانون القضائي (٤) . فالقانون القضائي يصف القانون بأنه قضائي ، في حين ان المقصود هو القانون الذي ينظم القضاء ، أي قانون القضاء .

على أننا اذا استعملنا اصطلاح قانون القضاء ، فاننا نفضل اصطلاح « قانون القضاء المدني » بدلا من قانون « القضاء الخاص » فهذا الاصطلاح الاخير يثير في الذهن نظام القضاء الخاص الذي لا تتولاه الدولة وانما يتولاه أفراد خاصون كما هو الحال في التحكيم .

---

(١) Vizioz (Henry) : Observations sur l'étude de la procédure civile, : Etudes de procédure, Paris 1956, p. 13.

(٢) فالمجموعة المصرية تسمى مجموعة المرافعات المدنية والتجارية . والفقه المصري يتخذ عادة هذه التسمية عنوانا لمؤلفاته في المادة .

(٣) سوليس وبيرو : القانون القضائي الخاص — مشار اليه بند ٤ ص ١٣ — ويأخذ به البعض في مصر (ابراهيم نجيب سعد : القانون القضائي الخاص — جزء أول — بند ٢ ص ٨ وما بعدها) .

(٤) وبهذا المعنى يقال ان القانون الاداري هو قانون قضائي ، أي ان قواعده من خلق القضاء . انظر : كامل ليلة — مبادىء القانون المدني الاداري — جزء اول — بيروت ١٩٦٨ — ١٩٦٩ — ص ١٦٩ .

ومن ناحية أخرى ، فاننا نكتفى بوصف قانون القضاء بالقضاء المدنى دون اضافة « التجارى » ، ذلك أننا فى مصر — كما سنرى فيما بعد — لا نعرف قضاء تجاريا متميزا . واصطلاح « قانون القضاء المدنى » (١) فضلا عن انضباطه ودلالته على مادة القانون محل البحث ، يتفق مع الاصطلاح الذى ساد فى الفقه الاسلامى حيث سميت هذه المادة بـ « علم القضاء » .

٤ — **طبيعة قانون القضاء المدنى :** جرى الفقه الفرنسى تقليديا على اعتبار « قانون الاجراءات » أحد فروع القانون الخاص . وقد ساعد على هذه الفكرة فى فرنسا تسمية هذا الفرع من فروع القانون بـ « الاجراءات المدنية والتجارية » ، مما جعل الفقه الفرنسى لا ينظر اليه الا على أساس أنه القانون الذى ينظم وسائل وأشكال حماية الحقوق الخاصة (٢) . على أن هذا الفقه فى مجموعه ، يتبعه فى ذلك الفقه المصرى سرعان ما تبين له أن هناك جزءا من قواعد قانون القضاء لا يمكن أن يعتبر من القانون الخاص . وهو ما يتعلق بتنظيم القضاء وبيان ترتيب المحاكم وتشكيلها وقواعد اختصاصها المتعلقة بالنظام العام والحكم القضائى وطرق الطعن فيه . ولهذا عمد الفقه الى القول بأن هذا القانون بالنسبة لهذه القواعد يعتبر من القانون العام ، اذ بها ينظم مرفقا عاما أما بالنسبة للاجراءات فهو من القانون الخاص ، اذ يرمى بها الى حماية المصالح الخاصة وهو بهذا يعتبر قانونا مختلطا mixte (٣) .

وفى تقديرنا — مع الرأى الغالب فى الفقه الحديث — أن قانون القضاء المدنى يعتبر فرعا من فروع القانون العام . وهو يعتبر كذلك فى جميع قواعده . والواقع ان هذا القانون يتولى تنظيم القضاء المدنى وأدائه لوظيفته ، والقضاء — مدنيا أو غير مدنى — يعتبر احدى السلطات

---

(١) وقد اخذ به د. وجدى راغب : الموجز فى مبادىء القضاء المدنى ١٩٧٧ — ص ٨ . و د . محمود هاشم : قانون القضاء المدنى — ١٩٨١ .

(٢) انظر : سوليس وبيرو — جزء اول بند ٧ ص ١٤ .

(٣) فنسان : بند ٥ ص ٨ . محمد العشماوى وعبد الوهاب العشماوى قواعد المرافعات ١٩٥٧ — جزء أول بند ٨ . رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٦٩ — ١٩٧٠ — بند ٤ ص ٩ . احمد ابو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثانية عشرة — بند ١٠ ص ١٩ .

العامة وتنظيمه يعتبر تنظيما لمرفق عام . وهذا هو أيضا شأن القواعد المنظمة لاجراءات الخصومة . فهذه ليست سوى الاجراءات اللازمة لأداء القضاء لوظيفته (١) . حقيقة أن هذه الاجراءات ترمى فى النهاية الى حماية مصالح خاصة ، ولكن هذا لا ينفى أن هذه الحماية تتحقق عن طريق قواعد وضعت لاداء سلطة عامة لعملها (٢) .

ولهذه الطبيعة العامة لقانون القضاء المدنى أهمية كبيرة من عدة نواح أهمها ، ما يتعلق بتفسير قواعده (٣) ، وما يترتب على هذه الطبيعة تشريعيا من وجوب اعطاء القاضى — ممثل السلطة العامة — دورا كبيرا فى تسيير الخصومة للعمل على أداء القضاء لوظيفته على خير وجه . فلا تكون الخصومة ملكا لاطرافها بزعم أن الامر يتعلق بحقوق خاصة بهم . وهى نتيجة نجد لها بصمات ظاهرة فى اتجاه التشريع المصرى وغيره من التشريعات الحديثة .

٥ — مصادر قانون القضاء المدنى : المصدر الوحيد لقانون القضاء المدنى هو التشريع . ولهذا فانه مهما كانت درجة ثبات ما تجرى عليه العادة فى الحياة العملية من اجراءات أمام المحاكم لم يقض بها نص تشريعى ، فليس لها ما للقانون من اعتبار (٤) . والتشريع الاساسى المتعلق بالقضاء المدنى فى مصر هو قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وتكملة بعض التشريعات الأخرى :

---

(١) Chiovenda (Giuseppe) : Istituzioni di diritto processuale civile. v. I. Napoli 1953, n. 24 p. 63.

Tissier (Albert) : Le rôle social et économique des régles de la procédure civile : dans les méthodes juridiques Paris 1911. p. 110.

ويؤيده فى مصر بعض فقهاء القانون العام (انظر محمد كامل ليلة — مبادىء القانون الادارى — جزء أول مشار اليه ص ٦١٤ حاشية ١) كما اخذ به حديثا بعض فقهاء المرافعات . انظر : ابراهيم نجيب سعد : القانون القضائى الخاص — جزء أول بند ٥ ص ١٦ .

(٢) تيسييه : الاشارة السابقة .

(٣) Costa (Sergio) : Manuale di diritto processuale civile. Torino 1955, n. 2 p. 4.

(٤) Micheli (J.A) Corso di diritto processuale civile-V.I. Milano 1956, n. 24 p. 98.

(أ) قانون المرافعات المدنية والتجارية : وقد صدر بالقانون رقم ١٣ سنة ١٩٦٨ (١) . وهذه المجموعة كانت وليدة تطور تشريعى فى مصر يرجع الى عام ١٨٧٥ . ففى هذا العام عرفت مصر لاول مرة مجموعات القوانين بالمعنى الحديث . فصدر قانون المرافعات المختلط فى ١٦ سبتمبر ١٨٧٥ ليعمل به أمام المحاكم المختلطة . وفى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ صدر قانون المرافعات الاهلية ليطبق أمام المحاكم الاهلية . وبمناسبة الغاء المحاكم المختلطة صدرت مجموعة للمرافعات بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ للعمل بها أمام المحاكم المصرية فى عهدها الجديد . على أن هذه المجموعة لم تعش طويلا ، اذ سرعان ما حلت محلها مجموعة جديدة سنة ١٩٦٨ ، وهى القانون الحالى .

(ب) التشريعات المكملة : وهى تشريعات لم ترد نصوصها فى مجموعة المرافعات اما لاعتبارات تاريخية أو لاعتبارات عملية أو بسبب أنها تحكم أيضا أنواعا أخرى من القضاء الى جانب القضاء المدنى . وأهم هذه التشريعات هى :

١ — المواد من ٣٨٥ الى ٣٩٣ ومن ٨٦٨ الى ١٠٣٢ من مجموعة المرافعات السابقة ١٩٤٩ . فقد نصت المادة الأولى من قانون اصدار مجموعة ١٩٦٨ على ابقاء هذه المواد . والمواد من ٣٨٥ الى ٣٩٣ خاصة بالمعارضة فى الاحكام الغيابية ، وقد بقيت للعمل بها بالنسبة للخصومات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية . أما المواد من ٨٦٨ الى ١٠٣٢ فهى تكون الكتاب الرابع من المجموعة السابقة الخاص بمسائل الاحوال الشخصية . وقد شاء المشرع أن يترك هذه النصوص قائمة دون تعديل انتظارا للانتهاء « من القانون المنظم للاحكام الموضوعية لهذه المسائل للارتباط الوثيق بين الاجراءات وبين الاحكام الموضوعية (٢) » .

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية فى ٩ مايو ١٩٦٨ — السنة ١١ العدد ١٩ . وقد نصت المادة الرابعة من قانون اصداره على ان يعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره . وعدلت بعض أحكامه بقوانين متعاقبة .

(٢) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة عن مشروع مجموعة المرافعات لسنة ١٩٦٨ .

٢ ــ قانون السلطة القضائية : وهو القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢[١] الصادر فى أول أكتوبر ١٩٧٢ ، معدلا بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣[٢] والقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ والقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤[٣] • ويتولى ترتيب المحاكم وتنظيمها وولاية المحاكم وتنظيم النيابة العامة ، فضلا عن قواعد تعيين القضاة وترقيتهم وأقدميتهم ونقلهم ، وغير ذلك مما يتعلق بشئون القضاة فى مصر •

٣ ــ قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية : وهو القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الصادر فى ٣٠ مايو ١٩٦٨ [٤] •

٤ ــ قانون المحاماة : وهو القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ الصادر فى ٣١ مارس ١٩٨٣[٥] • وقد عدلت بعض أحكامه بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤[٦] • وقانون المحاماة هو الذى يتولى تنظيم مهنة المحاماة •

٥ ــ قانون الرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية : وهو القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ معدلا بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٦٤ • وهو يقرر ــ بصرف النظر عن رسوم التوثيق ــ الرسوم المالية التى تحصل عن رفع الدعاوى والاجراءات القضائية المختلفة •

٦ ــ قانون الخبراء : وهو ينظم الخبرة أمام المحاكم ، وهو القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ معدلا بالقانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٥٥ •

---

(١) نشر فى الجريدة الرسمية فى ٥ اكتوبر ١٩٧١ ــ العدد ٤٠ .

(٢) صدر فى ٨ يوليو ١٩٧٣ ونشر بالجريدة الرسمية فى ١٢ يوليو ١٩٧٣ ــ العدد ٢٨ .

(٣) نشر فى الجريدة الرسمية فى ٣١ مارس ١٩٨٣ .

(٤) نشر فى الجريدة الرسمية فى ٣٠ مايو ١٩٦٨ ــ السنة ١١ العدد ٢٢ . وقد نصت المادة الثانية من قانون اصداره على ان يعمل به بعد ستة اشهر من تاريخ نشره .

(٥) نشر فى الجريدة الرسمية فى ٣١ مارس ١٩٨٣ ــ العدد ١٣ تابع.

(٦) نشر فى الجريدة الرسمية فى ١٨ اكتوبر ١٩٨٤ ــ العدد ٤٢ .

٧ ــ قانون المحكمة الدستورية العليا : وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩[1] الصادر فى ٢٩ أغسطس ١٩٧٩ ، وهو خاص بانشاء محكمة دستورية عليا بالجمهورية • ويتولى هذا القانون بيان نظام المحكمة واختصاصاتها ، والقواعد المتعلقة بالاجراءات أمامها ، والقرارات التى تصدرها ، والرسوم والمصروفات والشئون المالية والادارية •

٨ ــ قانون المجلس الاعلى للهيئات القضائية : وهو القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩[2] الصادر فى ٣١ أغسطس ١٩٦٩ • ويتعلق بانشاء مجلس للاشراف على الهيئات القضائية فى الجمهورية وتحديد اختصاصه ونظام عمله •

٩ ــ قانون الحجز الادارى : وهو القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥[3] وهو ينظم اجراءات الحجز الادارى • وقد عدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٥٨ والقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧١ والقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٢ •

٦ ــ تفسير قانون القضاء المدنى : يخضع هذا التفسير للقواعد العامة[4] • على أنه يلاحظ أنه فى نطاق التفسير يجب على المفسر أن يضع نصب عينيه طبيعة التشريع الذى يفسره وخصائصه ، والمبادىء العامة السائدة فيه [5] •

(أ) فقانون القضاء المدنى ، يعتبر فرعا من فروع القانون العام ، ويجب أن تفسر قواعده بالنظر الى هذه الطبيعة [6] • ونتيجة لهذا ، اذا نصت قاعدة على سلطة معينة للقاضى فى الخصومة فيفسر النص تفسيرا

---

(١) نشر فى الجريدة الرسمية فى ٦ سبتمبر ١٩٧٩ ــ العدد ٣٦ •

(٢) نشر فى الجريدة الرسمية فى ٣١ اغسطس ١٩٦٩ ــ العدد ٣٥ مكرر

(٣) نشر فى الوقائع المصرية فى ٢٦ يونيو ١٩٥٥ ــ العدد ٤٩ مكرر •

(٤) Carnelutti (E) : Sistema del diritto processuale civile, v. I. Padova 1936, no. 35 p.p. 106 e. s. s.

(٥) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٢٩ ص ٨٧ •

(٦) كوستا : بند ٢ ص ٤ •

واسعا • وعلى العكس اذا تعلقت القاعدة بسلطة لاحد الخصوم فيجب أن يفسر النص تفسيرا ضيقا •

(ب) ومن ناحية أخرى ، فان قانون القضاء المدنى يتميز بأنه قانون أداة • فقواعده ليست غاية فى حد ذاتها ، بل هى أداة لتطبيق قواعد القانون الموضوعى (١) • ولهذا يجب على المفسر أن يعمل على جعل الاداة أكثر تحقيقا للهدف منها • وهو ما يدعوه الى تبنى فكرة « الاقتصاد فى الاجراءات » بمعنى النظر الى تحقيق الغاية بأقل الاجراءات •

(ج) وأخيرا ، فهناك مبادىء عامة — تختلف باختلاف التشريع من دولة لأخرى — تحكم قانون القضاة المدنى ، ويجب أن يستوحيها المفسر عند تفسيره لهذا القانون (٢) • ولهذا مثلا اعمالا لمبدأ المواجهة بين الخصوم اذا نص القانون على تخويل خصم القيام بعمل ، فيجب تفسيره على أنه يجب أن يتم العمل فى مواجهة الخصم الآخر •

وتعمد وزارة العدل أحيانا الي اصدار منشورات دورية للمحاكم لتفسير بعض قواعد قانون القضاء المدني أو في كيفية تطبيقها • وهذه المنشورات — مهما كانت أهميتها العملية — ليس لها أية قوة الزامية • فهي تصدر ممن لا سلطة له فى التفسير ، فلا تقيد القاضى أو الخصوم(٣)•

وينظم المشرع المصرى طريقة رسمية لتفسير « نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية • والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لاحكام الدستور وذلك اذا أثارت خلافا فى التطبيق

---

(١) وجدى راغب : النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات — رسالة مطبوعة ١٩٧٤ ص ١٥٤ .

(٢) كيوفندا — نظم جزء أول بند ٢٩ ص ٨٨ — ٨٩ .

(٣) ميكيلى : جزء أول بند ٢٧ ص ٦٨ . كوستا : بند ٥ ص ٨ .

وانظر : نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٧١٣ — ١١٤ (منشورات الجهاز المركزى للتنظيم والادارة بالنسبة لتحديد الجهة المختصة بدعوى معينة هى مجرد تعليمات ادارية ليس لها منزلة التشريع ولا يمكن ان تعدل قواعد الاختصاص لان هذا التعديل لا يجوز اجراؤه الا بقانون) .

وكان لها من الاهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها » • ويقدم طلب التفسير الى المحكمة الدستورية العليا من وزير العدل ويكون قرارها بالتفسير ملزما (مادتان ٢٦ و ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية) •

٧ ــ علاقة قانون القضاء المدنى بقوانين القضاء الاخرى : يجرى الرأي تقليديا على أن قانون القضاء المدني هو الشريعة العامة commun بالنسبة لكل من القضاءين الاداري والجنائي (١) • وقد ساعد على ذلك بالنسبة للقضاء الاداري ، أن وجوده حديث بالنسبة للقضاء المدني ؛ ولهذا فان وضع القواعد القانونية التى تنظمه لم يكتمل بعد ، مما حدا به الى تكملة النقص فيه أحيانا بالرجوع الى تشريعات القضاء المدني • وهذا هو ما أشار اليه المشرع فى مصر بنصه صراحة على أنه أمام القضاء الادارى « تطبق أحكام قانون المرافعات •• فيما لم يرد فيه نص » فى قانون مجلس الدولة (المادة ٣ من قانون اصدار قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) •

والواقع فيما نرى أن القضاء المدني يتميز عن كل من القضاءين الجنائي والاداري ، ولهذا تختلف القواعد التى تنظم قيام كل قضاء بوظيفته (٢) • على أنه يوجد ما يمكن أن نسميه بالمبادىء الاساسية Principes généraux التي تحكم القضاء أيا كان نوعه • وهذه

---

(١) رمزى سيف : بند ١٤ ص ٧٤ . أحمد ابو الوفا : بند ٥ ص ١٤ . احمد مسلم : اصول المرافعات ١٩٧١ ــ بند ١٢ ص ١٥ . وجدى راغب : بند ٣ ص ١٢ .

(٢) من هذا الراى : بالنسبة لاستقلال القضاء الادارى :

Debbasch (Charles) : Procédure administrative contentieuse et porcédure civile, Paris 1962, no. 5 p. p. 5-6.

ويذكر ان الراى الان مجمع فى فرنسا على استقلال قانون الاجراءات الادارية عن قانون الاجراءات المدنية . وايضا : محمد كامل ليلة ــ مبادىء القانون الادارى ــ جزء أول ص ٦١٦ وما بعدها . وحاشية ١ من نفس الصحيفة وفيه اشارة الى احكام تبين أن هذا أيضا هو راى المحكمة الادارية العليا .

وبالنسبة لاستقلال قانون القضاء الجنائى : ميكيلى ــ جزء أول بند ٣٠ ص ١٠٢ . محمود مصطفى ــ شرح قانون الاجراءات الجنائية ١٩٥٧ ــ بند ٧ ص ٥ .

المبادىء الاساسية ، لاسباب تاريخية أو بسبب الملاءمة ، توجد فى مجموعة المرافعات ، ولكنها تنتمى فى الواقع لما يمكن تسميته بالنظرية العامة لقانون القضاء (١) • فاذا تعلق الامر بأحد هذه المبادىء ، وجب على القضاء : سواء المدنى أو الجنائى أو الادارى أو غيرها . تطبيقها ، لا باعتبارها تنتمى الى قانون القضاء المدنى ، وانما باعتبارها مبادىء أساسية عامة لكل القضاء • ومن هذه مثلا ما يتعلق باعلان الاوراق أو بقواعد مخاصمة القضاة وعدم صلاحيتهم وردهم ، وما يتعلق بحرية الدفاع •

أما خارج هذه المبادىء العامة ، فعلى كل من القضاءين الجنائى والادارى تطبيق القوانين الخاصة بهما دون قانون المرفعات ، فان لم يوجد فيها نص فيجب على القضاء الجنائى أو الادارى البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق بالنظر الى وظيفته وما يتسق مع أدائه لهذه الوظيفة • ولا مانع من أن يستهدى بما يكون قانون القضاء المدنى قد نظمه فى هذا الشأن بما لا يتعارض مع ما قدمنا ، على أن تبقى قواعد قانون القضاء المدنى مجرد مصدر للايحاء (٢) • ولا يستثنى من ذلك الا حالة ما اذا أحال قانون القضاء الجنائى ، أو قانون القضاء الادارى ، صراحة على قانون القضاء المدنى • ومثالها الاحالة الواردة فى المادة ٢٨٧ من قانون الاجراءات الجنائية على قواعد قانون القضاء المدنى بالنسبة لمنع الشاهد من أداء الشهادة أو اعفائه منها •

على أنه يجب التمييز بين مثل هذه الاحالة الى قاعدة معينة من قواعد قانون القضاء المدنى ، وبين الاحالة العامة الى قواعده ، والواردة فى قانون مجلس الدولة — كما قدمنا • فالاحالة الخاصة تؤدى الى تطبيق قاعدة القضاء المدنى بصفة ملزمة ، كما لو كان الخطاب بها موجها الى القضاء الآخر • أما الاحالة العامة فليس لها هذه القوة • فلا يلتزم القضاء الادارى — وفقا لهذه الاحالة — بتطبيق جميع قواعد قانون القضاء

---

(١) زانزوكى — جزء اول ص ٨٥ .
(٢) فنسان : بند ٤ ص ٧ — ٨ .

المدنى التى لا مقابل لها فى قانون مجلس الدولة ، وانما عليه أن يطبق منها ما يكون مناسبا لوظيفته ومتسقا مع قواعد قانونه[١] .

٨ — **تشريعات القضاء المدنى من حيث الزمان :** تخضع تشريعات القضاء المدنى لما تخضع له سائر التشريعات من حيث سريانها . فهى كغيرها ذات أثر فورى [٢] ، أى أنها تنطبق مباشرة على الاعمال والوقائع التى تحدث بعد نفاذ التشريع . وهى من ناحية أخرى ، ليس لها أثر رجعى ، أى أنها تحترم الاعمال والوقائع التى تمت فى ظل القانون السابق ، مما يعنى أن الاعمال التى تمت وفقا للقانون السابق تبقى آثرها خاضعة لهذا القانون [٣] .

على أن ما تقدم لا ينفى أن هناك صعوبة خاصة بتشريعات القضاء مردها أن الخصومة بطبيعتها باعتبارها مكونة من أعمال متتابعة زمنيا تمتد عادة لبعض الوقت ، مما يجعل احتمال صدور تشريع جديد قبل انتهائها أمرا كثير الوقوع [٤] . ويمكن القول بأنه عند صدور تشريع جديد فان هذا التشريع يجد نفسه أمام ثلاثة أنواع من الخصومات :

٩ — **اولا : خصومات سابقة :** ليس للتشريع الجديد أى سريان عليها . فجميع الاعمال التى تمت فيها واثار هذه الاعمال ، تبقى خاضعة للتشريع القديم . فاذا صدر تشريع يغير من طريقة رفع الدعوى ، أو يمنع من قبول أدلة معينة أو يحرم حكما معينا من حجيته أو يلغى طريق

---

(١) وتطبيقا لهذا حكم بعدم تطبيق نظام اوامر الاداء أمام القضاء الادارى (المحكمة الادارية العليا ٧ يونيو ١٩٥٨ — مجموع المبادىءالقانونية للمحكمة ٣ ص ١٣٧٣) « هذا النظام يتعارض صراحة مع قانون مجلس الدولة فى أصول نظامه القضائى الذى لا يسمح بالمعارضة فى الاحكام الصادرة منه بهيئة قضاء ادارى » .

(٢) Roubier (Paul) : Le droit transitoire. Paris 1960, no. 101. p. p. 542 et s. s.

(٣) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٢٨ ص ٢٧ .

(٤) ميكيلى : جزء أول بند ٢٩ ص ١٠١ .

تنفيذ ، فان هذا التشريع لا يسري على الخصومة التي انقضت ،ولا يبطل طريق التنفيذ الذى تم (١) .

١٠ — ثانيا : **خصومات مستقبلة** : أى خصومات لم تكن قد بدأت بعد عند صدور التشريع الجديد . وهذه تخضع له على التفصيل التالي (٢) :

(أ) الحق فى طريق معين للحماية القضائية : يخضع للقانون الساري وقت ممارسته ، بمعني أنه لايمكن استعماله الا اذا كان القانون الساري وقت بدء الخصومة يعترف به . فاذا ألغى تشريع جديد طريق حماية قضائية بواسطة خصومة معينة أو بواسطة طريق تنفيذ معين ، زال تبعا لذلك الحق فى الحصول على الحماية القضائية بواسطة هذا الطريق ولو كان هذا الحق قد نشأ قبل التشريع الجديد . وهكذا اذا صدر تشريع جديد يلغى حبس المدين بالنسبة لدين النفقة ، فلا تستطيع الزوجة الدائنة بالنفقة طلب حبس المدين ولو كان دينها بالنفقة قد نشأ أو صدر حكم به قبل هذا التشريع . ومن ناحية أخرى ، اذا قرر التشريع الجديد طريق تنفيذ جديد أو بسط طريق حماية على مركز قانونى كان محروما منه ، فانه ينطبق أيضا على الحقوق السابقة على صدوره . وهكذا فان نص المادة ٢٠١ من مجموعة سنة ١٩٦٨ الذى جعل نظام أوامر الاداء ينطبق على الدائن الذى يطالب بمنقول معين بنوعه ومقداره يسرى على هذا الدائن ولو نشأ حقه قبل نفاذ هذه المجموعة .

(ب) اجراءات الخصومة : تخضع اجراءات الخصومة للتشريع الجديد السابق على بدئها . ويشمل ذلك ما يتعلق بالمطالبة القضائية ، وتحديد المحكمة المختصة بها (٣) ، وشروط الاهلية اللازمة فى الخصم ، والدفوع والطلبات ، وحقوق وواجبات الخصوم ، وشكل الأعمال الاجرائية وآثارها المختلفة . والعبرة هنا بصدور التشريع قبل بدء الخصومة ولو بدأت بناء على طلب شخص نشأ له الحق فى الدعوى أو نشأ له الحق الموضوعى محل

---

(١) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٢٧ ص ٧٧ .
(٢) أنظر : كيوفندا — نظم جزء أول بند ٢٧ ص ٧٧ — ٧٩ .
(٣) روبييه : بند ١٠٣ ص ٥٥٢ .

الحماية المطلوبة قبل صدور هذا التشريع . على أن التشريع الجديد يجب أن يحترم آثار الأعمال القانونية التى تمت قبله ، ولهذا فانه اذا حدث اتفاق على اختصاص محلي معين ، أو اتفاق على التحكيم فى ظل تشريع معين يجيزه ، فان آثار هذه الاتفاقيات تظل خاضعة لهذا التشريع رغم صدور تشريع جديد .

(جـ) أدلة الاثبات : يثير سريان القانون من حيث الزمان مشكلة بالنسبة للاثبات ، اذا صدر القانون فى الفترة بين الواقعة محل الاثبات وبدء الخصومة . ومن المتفق عليه أنه بالنسبة للقواعد الاجرائية ، أي القواعد التي تنظم كيفية تقديم أدلة الاثبات أمام القضاء ، يسرى القانون الجديد النافذ قبل اتخاذ هذه الاجراءات ولو كانت الواقعة القانونية محل الاثبات قد تمت فى ظل قانون سابق (١) .

ولكن المشكلة تثور بالنسبة لقبول الدليل وقوته فى الاثبات .لانه اذا قيل بخضوعها للتشريع الجديد السارى عند تقديم الدليل للقاضى ، فان هذا يؤدى الى الاضرار بمصالح الخصوم ، ذلك أنه قد يحدث أن يجيز القانون اثبات واقعة معينة بالبينة ، فيتصرف الأفراد على هذا الاساس مكتفين بابرام التصرف أمام شهود . فاذا صدر قانون جديد يوجب اثبات هذا التصرف بالكتابة ، فمن غير المعقول مطالبة هؤلاء بكتابة لم يعدوها سلفا عند ابرام التصرف . فان فى هذا الطلب مفاجأة لهم ومساسا بالثقة القانونية المشروعة (٢) .

وأمام وجاهة هذا الاعتراض يجب التفرقة بالنسبة لقوة الدليل وقبوله بين نوعين من الأدلة(٣) :

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — ج٢ — ١٩٥٦ بند ١٨ ص ١٤ — ٢٦ .

Morel (René) : Traité élémentiaire de procedure civile, Paris 1949 20, P. 20.

(٢) موريل : بند ٢٠ ص ٢١ روبيه : بند ٥٢ ص ٢٣٠ .

(٣) روبيه : بند ٥٣ ص ٢٣٤ وما بعدها .

(أ) الأدلة التى تعد بطبيعتها مقدما عند القيام بالتصرف، أو العمل القانونى محل الاثبات ، مثل الكتابة . فهذه يجب احتراما لارادة الأفراد اخضاعها للقانون السارى وقت تكوين العمل أو التصرف القانونى. وتأخذ حكم هذه الأدلة القرائن القانونية . فالقرينة القانونية تخضع للقانون السارى عند حدوث التصرف أو الواقعة التى ترتبط بها القرينة وليس للقانون النافذ عند الحكم وفقا لها . ذلك أن القرينة القانونية من فعل المشرع ، وتتعلق بتصرف أو واقعة معينة دون أى ارتباط باستنتاج من قبل القاضى (١) .

(ب) الأدلة التى لا تعد بطبيعتها مقدما : وهذه هى الأدلة المتعلقة باثبات واقعة قانونية . فالوقائع لأنها ليست أعمالا ترمى الارادة الى احداث آثارها القانونية ، فان أدلتها لا يتصور أن تعد مقدما . ولهذا تخضع من حيث قبولها للقانون السارى وقت تقديم الدليل . ويلاحظ أن التصرف القانونى قد يخضع فى اثباته لأدلة لاتعد بطبيعتها مقدما ، ومن هذه مثلا حلف اليمين أو تقارير الخبراء أو الاقرار . وعندئذ يسرى عليها القانون السارى وقت تقديمها وليس القانون النافذ عند ابرام التصرف القانونى (٢) . وهذه التفرقة المتقدمة هى التى قننها المشرع المصرى فى المادة ٩ من المجموعة المدنية .

١١ ــ ثالثا : خصومات قائمة : الاتجاه السائد فى الفقه (٣) هو تطبيق التشريع الجديد فورا . فتخضع الاجراءات التى تمت قبل صدوره للتشريع الذى تمت فى ظله ، أما الاجراءات اللاحقة فتخضع للتشريع الجديد . ويستند هذا الاتجاه نظريا الى أن كل اجراء يعتبر ــ وان شارك فى الخصومة ــ عملا قانونيا مستقلا ، ويحتم مبدأ الأثر الفورى للتشريع وعدم رجعيته اخضاع كل اجراء للتشريع الذى تم فى ظله . وهذا الاتجاه هو الذى قننته مجموعة المرافعات المصرية بنصها فى المادة الاولى منها على أن « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى

(١) روبييه : بند ٥٣ ص ٢٣٤ ــ ٢٣٩ .
(٢) عبد الرزاق السنهورى : المرجع السابق ــ ص ٢٤ حاشية ٢ .
(٣) كوستا : بند ٣ ص ٥ . روبييه : مشار اليه ص ٥٤٨ .

أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » ، وبنصها من ناحية أخرى فى المادة الثانية فقرة ١ منها على أن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » . ونتيجة لهذا ، فان المطالبة القضائية التى تمت صحيحة فى ظل قانون معين تبقى كذلك ولو صدر قانون جديد يرتب شكلا آخر لها ، ومن ناحية أخرى فان المطالبة القضائية التي تمت معيبة وفقا لأحكام قانون معين لا يصححها صدور قانون جديد لا يوجب الشكل أو البيان الذى نقص فى الصحيفة التى تمت قبل نفاذه . وما يصدق على المطالبة القضائية يصدق على الطعون والأحكام (١) وغيرها من الاعمال الاجرائية التى تتم أثناء الخصومة . على أنه يلاحظ أنه تطبيقا لقاعدة عدم رجعية القوانين فان آثار العمل تترتب وفقا للقانون السارى عند القيام بهذا العمل (٢) . ولهذا فان الآثار التى ترتبها المطالبة القضائية ، مثلا قطع تقادم الدعوى، أو يرتبها رفع الطعن أو صدور الحكم أو أى اجراء آخر ، تبقى خاضعة للقانون الذي يحكم الاجراء (٣) .

على أن القول بالأثر الفورى للتشريع بالنسبة للخصومة يثير بعض المشاكل بالنسبة للمسائل التالية :

(أ) اختصاص المحكمة : مادام الاجراء — وآثاره — يخضع للقانون الذى تم فى ظله ، فان مفاد هذا أنه اذا رفعت الدعوى ، فان المحكمة المختصة بها يجب ألا تتغير بصدور تشريع يجعل مثل هذه الدعوى من اختصاص محكمة أخرى . ذلك أن اختصاص محكمة معينة انما يتحدد بوقت رفع الدعوى ويعتبر أثرا له (٤) . على أن هذا الرأى الذى يتفق مع

---

(١) روبيه : بند ١٠٥ ص ٥٦٣ .

(٢) روبييه : المرجع السابق بند ١٠٤ ص ٥٥٧ — ٥٥٩ .

(٣) ولهذا يخضع للقانون السارى يوم صدور الحكم ما للحكم من حجية سواء فيما يتعلق بنطاق الحجية او آثارها . ونفس الامر بالنسبة للقوة التنفيذية للحكم . (روبييه بند ١٥ ص ٥٦٣ — ٥٦٤) .

(٤) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ٢٦ ص ٢٩ — ٣٠ .

المبادىء القانونية الصحيحة ، لقى معارضة من الفقه(١) والقضاء الفرنسيين. واستقرت محكمة النقض الفرنسية على أن التشريع الجديد الذي يعدل قواعد الاختصاص يسرى فورا على الدعاوى القائمة (٢) تحقيقا لهدف المشرع من هذا التعديل . وهذا الاتجاه الأخير هو الذى أخذ به المشرع المصرى (مادة ١/١ مرافعات) . على أنه بسبب المشاكل العملية التى يؤدى اليها هذا الاتجاه . يستثنى المشرع الدعاوى التى يكون قد قفل باب المرافعة فيها (مادة ١/١) . فبمجرد قفل باب المرافعة فى موضوع الدعوى ، لا يسرى التشريع الجديد وتبقى الدعوى من اختصاص المحكمة التى رفعت اليها وفقا للتشريع السابق . وعادة يتضمن التشريع الجديد نصوصا تنظم احالة الدعاوى القائمة الى المحكمة التى أصبحت مختصة بها .

(ب) مواعيد المرافعات : اذا كان هناك ميعاد معين فى الخصومة محددا وفقا لتشريع قائم ، مثلا ميعاد لسقوط الخصومة أو للطعن فى الحكم ، ثم صدر تشريع جديد ينقص هذا الميعاد أو يعدله ، فهل يحسب الميعاد وفقا للقانون السابق أو وفقا للتشريع الجديد ؟ تطبيقا لمبدأ عدم رجعية التشريع ، فان الميعاد يخضع من حيث مدته للتشريع السارى وقت بدئه (مادة ١/١) . فاذا كان ميعاد الطعن ستين يوما وبعد بدئه صدر تشريع يجعله أربعين يوما ، فان الميعاد يخضع للتشريع القديم ولا ينقضى الا بانقضاء الستين يوما كاملة . ومن ناحية أخرى ، اذا كان الميعاد أربعين يوما ، فجعله القانون الجديد ستين يوما ، فان الميعاد ينقضى بانقضاء الاربعين يوما ، سواء صدر القانون الجديد قبل انقضاء الميعاد القديم أو بعد انقضائه . ومن المفهوم أن هذا الحل يفترض أن يكون الميعاد قد بدأ فى ظل القانون القديم ، فاذا لم يبدأ الا فى ظل التشريع الجديد فمن الطبيعى أن يخضع لهذا التشريع (٣) ونفس الحل — من باب أولى — بالنسبة للميعاد الذى لم يكن معروفا فى التشريع القديم . فهذا الميعاد يطبق

---

(١) روبييه : الاشارة السابقة بند ١٠٣ ص ٥٥٣ وما بعدها .

(٢) انظر : سوليس وبيرو — جزء اول بند ٢٦ ص ٢٩ — ٣٠ .

(٣) نقض عمال ١٠ فبراير ١٩٨٠ — الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٧ ق .

على الخصومة القائمة (١) : على أنه لا يبدأ فى السريان الا من تاريخ سريان القانون الجديد ولو كانت الواقعة التى حددها هذا القانون كنقطة بداية له قد حدثت قبل صدوره • (أنظر المادة ٢/٣ مرافعات) •

أما بالنسبة لجزاء عدم احترام الميعاد ، فانه يجب تطبيق النص القانونى النافذ عندانقضاء الميعاد • فاذا صدر قانون جديد يقرر جزاء جديدا على عدم احترام ميعاد معين وكان هذا الميعاد قد انقضى قبل نفاذ القانون الجديد ، طبق الجزاء الذى كان منصوصا عليه فى القانون السابق (٢) •

(ج) طرق الطعن فى الاحكام : تقتضى القاعدة القانونية الصحيحة كما قدمنا أن تخضع آثار العمل القانونى للتشريع السارى وقت تكوينه • وبما أن قابلية الحكم للطعن فيه أو عدم قابليته للطعن يعتبر من آثار الحكم ، فانه اذا صدر تشريع جديد يلغى طريق طعن قائم . أو ينشىء طريق طعن جديد فيجب تطبيق القانون السارى عند صدور الحكم (٣) • وهذا الحل قننه أيضا قانون المرافعات المصرى (مادة ١/٣) •

١٢ - **منهج البحث** : ان دراسة علمية للقواعد القانونية التى تحكم القضاء المدنى تقتضى فى تقديرنا البدء بدراسة وظيفة القضاء المدنى • وبعد تحديد هذه الوظيفة نحدد القائم بها ، ثم نبين أداة تحقيق هذه الوظيفة•

---

(١) أنظر روبييه : بند ١٠٤ ص ٥٥٩ ، نقض مدنى أول مايو ١٩٥٨ - مجموعة النقض ٩ ص ٣٨٢ •

(٢) نقض مدنى اول يناير ١٩٧٩ - الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ ق .

(٣) روبييه : بند ١٠٥ ص ٥٦٤ ، مع ملاحظة ان اجراءات الطعن تخضع لما قلناه بالنسبة لاجراءات الخصومة ، اى للقانون النافذ عند اتخاذ الاجراء . ولهذا فانه اذا صدر قانون جديد بعد صدور حكم قابل للطعن ، وجعله غير قابل له . وطعن فى الحكم ، فان القانون الجديد لا يسرى على الاجراءات السابقة التى تمت فى ظل القانون القديم ولكنه يسرى على الاجراءات التى تتخذ بعد نفاذ القانون الجديد (نقض مدنى ١٩٧٧/١/٥ - طعن ٣٧٠ لسنة ٤٠ ق) •

أما وظيفة القضاء المدنى فهى الحماية القضائية . وهذه نخصص لها القسم الأول من دراستنا : فنبدأ ببحث فكرة القضاء لتمييز القضاء عن غيره من أعمال السلطة العامة ، ثم نبحث فى سلطة الحصول على الحماية القضائية وهو ما يعرف بالحق فى الدعوى ، وبعدها ندرس الصور المختلفة للحماية القضائية ، وأخيرا حجية هذه الحماية (حجية الأمر المقضى) .

أما القائم بالوظيفة القضائية فهو القاضى ، وهو ما سيكون محلا للقسم الثانى من الدراسة : فنبحث على التوالى فى اختيار القاضى وضماناته وفى ولاية المحاكم وفى أنواع المحاكم وتشكيلها وقواعد اختصاصها .

أما أداة تحقيق الحماية القضائية فهى الخصومة القضائية . وهذه نخصص لها القسم الثالث والاخير : فندرس أشخاص الخصومة ثم الأعمال المكونة لها ، وبعدها ندرس اجراءات الخصومة العادية . ونختم هذا القسم بدراسة بعض الخصومات والاجراءات الخاصة .

القسم الأول

الحماية القضائية

الباب الأول

فكرة القضاء

١٣ — تمهيد : ان الحماية القضائية بتعريفها هى الحماية التى يمنحها القضاء • فهى نتيجة لعمل قضائى • ولهذا فان نقطة البداية فى دراسة الحماية القضائية يجب أن تكون تحديد فكرة القضاء ؛ أى تحديد المقصود بالعمل القضائى acte juridictionnel وتمييزه عن غيره من الاعمال •

الفصل الاول

تمييز العمل القضائى

١٤ — أولا : تمييز العمل القضائى عن التشريع : لم تثر التفرقة بين العمل القضائى والعمل التشريعى مشكلة كبيرة • فبالتشريع تحدد الدولة نطاق الحماية التى تريد منحها لمصالح معينة وذلك بواسطة قواعد بسلوك عامة ، أما بالقضاء فان الدولة تعمل مباشرة على اشباع هذه المصالح فى النطاق الذى حدده القانون ، اذا لم تحترم قواعده(١) • فالقضاء يتضمن تطبيقا للقاعدة العامة المجردة على واقعة معينة ؛ ويحدد الامر التشريعى بحيث يتوجه الى شخص معين • واذا حدث ، وكان للقاضى سلطة فى خلق القانون ، كما لو سكت المشرع عن ايراد قاعدة عامة تحكم القضية المعروضة ، فانه يبقى أيضا فارق بين العمل التشريعى والعمل القضائى • فالقاضى يخلق « القانون » الواجب التطبيق فى القضية المعروضة ؛ ولكنه لا ينشىء قاعدة قانونية عامة ومجردة(١) •

---

(١) Rocco (Alfredo) : La sentenza cirile, Milano 1962, no. 4 P. 8.

١٥ — ثانيا : تمييز العمل القضائى عن العمل الادارى : ولكن المشكلة كانت — ولا تزال — صعبة بالنسبة لايجاد معيار يميز النشاط القضائى عن النشاط الادارى ، حتى أصبحت من أكثر المشاكل اثارة للخلاف بين الفقهاء (١) . ويمكن القول أن أهم هذه المعايير هى (٢) :

(أ) معيار اختلاف الهيئات (٣) : وفقا لهذا المعيار ، العمل القضائى هو العمل الذى تقوم به هيئة قضائية ، أما العمل الادارى فهو الذى تقوم به الادارة . ولكن هذا المعيار لا يحل المشكلة ، وذلك لأنه :

١ — يستبدل مشكلة بأخرى ، اذ متى تعتبر الهيئة هيئة قضائية ومتى تعتبر هيئة ادارية ؟ لا يمكن حل هذا التساؤل بالقول بأن الهيئة الادارية هى التى تصدر قررات ادارية والهيئة القضائية هى التى تصدر أعمالا قضائية . اذ يعتبر مصادرة على المطلوب (٤) . كما لا يمكن حله بالقول بأن الهيئة تعتبر قضائية اذا كانت تتمتع باستقلال وعدم تبعية مما يمكنها من العمل بحرية فى تطبيق القانون ، بعكس الهيئة الادارية التى تتبع هيئة أعلا منها تبعية رئاسية تمكن الاخيرة من املاء مضمون القرار عليها . فكثير من الهيئات الادارية الآن لها مثل هذا الاستقلال ، فالرئاسة الادارية لا تستطيع اصدار تعليمات الى لجنة امتحانات مثلا (٥) .

---

(١) موريل : بند ٧٢ ص ٧٨ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٣٩ ص٤ .

(٢) ومن اهم المعايير الاخرى — غير الواردة فى المتن — نظرية ديجى انظر فى عرض نظرية ديجية وفى نقدها : سوليس وبيرو — جزء أول بند ٤٧٨ ص ٤٣٦ — ٤٣٨ . جاكمار : مجلس الدولة — ص ٥٤ وما بعدها. محمد كامل ليلة : الرقابة على أعمال الادارة ص ٥٩١ وما بعدها . وجدى راغب : رسالة ص ١٩ وما بعدها .

(٣) أنظر : كيوفندا — نظم — جزء ثـان — بند ١٣٩ ص ٤ — ٦ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٧١ ص ٤٣٠ — ٤٣٢ . وقد اخذ به نقض مدنى ١٠ نوفمبر ١٩٦٠ مجموعة النقض ١١ ص ٥٦٣ « قرارات اللجنة الجمركية هى قرارات ادارية لصدورها عن هيئة ادارية بحكم تشكيلها » .

(٤) انظر : وجدى راغب — رسالة ص ٢٢ .

(٥) جاكمار : مجلس الدولة ص ٥٠ — ٥٢ .

٢ — ان المعيار ليس دقيقا • ذلك أن الهيئة الواحدة قد تصدر قرارات ذات طبيعة مختلفة • فالهيئة الادارية قد تقوم ببعض الوظائف التشريعية (مثل اصدار اللوائح) كما قد تقوم ببعض الوظائف القضائية (مثل سلطة ربان السفينة بالنسبة للجرائم التى تقع على ظهر السفينة) • ومن ناحية أخرى فان المحاكم لا تقوم فقط بأعمال قضائية فهى تقوم أيضا بالاعمال الولائية مثل التصديق على الصلح بين الخصوم وادارة مال القاصر ، كما تقوم ببعض الاعمال الادارية بالمعنى الصحيح •

٣ — ان الهيئة لا يمكن أن توصف بأنها قضائية الا لأنها تصدر قضاء • فالموظف ليس هو الذى يميز النشاط • بل ان الطبيعة الخاصة للنشاط هى التى تميز الموظف (١) • ولهذا فان تحديد معيار القضاء يجب أن يسبق منطقيا وصف الهيئة التى تصدره بأنها قضائية(٢) •

(ب) المعيار الاجرائى : وفى رأى البعض أن الذى يميز النشاط القضائى عن غيره هو أن العمل القضائى فضلا عن صدوره من هيئة مخصصة القضاء يتميز ببعض المظاهر الخارجية وهى : اجراءات شكلية معينة — المواجهة بين الخصوم — علانية الجلسات — ضرورة التسبيب — صيانة حق الدفاع — التزام القاضى بالقيام بالنشاط القضائى والا عد منكرا للعدالة (٣) •

والواقع أن هذه المظاهر الخارجية تدل فى الغالب على صفة العمل القضائى ولكنها لا تكون معيارا قاطعا لتمييزه ، لسببين(٤) :

١ — قد تتوافر هذه المظاهر دون أن نكون بصدد عمل قضائى • كما هو الحال بالنسبة لاجراءات التحقيق •

---

(١) روكو : الحكم المدنى ص ٩ — ١٠ (فى الهامش) .

(٢) محمد كامل ليلة : الرقابة على اعمال الادارة ص ٥٠٩ . عبد الباسط جميعى : سلطة القاضى الولائية — مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٩ — بند ٨٣ ص ٦١٤ .

(٣) انظر : سوليس وبيرو — جزء اول بند ٤٧٢ ص ٤٣٢ — ٤٣٣ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٤٠ ص ٧ . موريل : بند ٧٢ ص ٧٨ — ٧٩ .

(٤) روكو : الحكم المدنى ص ١٥ .

٢ ـ قد يوجد قضاء دون توافر هذه المظاهر كلها • فمن المتصور تبسيط الاجراءات الشكلية ، أو جعل الجلسة سرية بالنسبة لبعض القضايا ، أو الاعفاء من التسبيب بالنسبة للقضايا البسيطة • كما أن القرار الذى يصدر غيابيا أو بدون سماع الخصم يعتبر أيضا عملا قضائيا •

والواقع ـ كما لوحظ بحق ـ أن هذه المظاهر انما تتقرر عادة لأن العمل عمل قضائى يراد احاطته ببعض الضمانات • فهى ليست علة اعتبار عمل ما عملا قضائيا وانما نتيجة لهذا الاعتبار وبالتالى لا تصلح معيارا لتمييزه •

(ج) معيار النزاع : فى رأى كثير من الفقهاء أن الذى يميز العمل القضائى عن غيره هو أن العمل القضائى يتضمن حلا لنزاع(١) • على أن فكرة النزاع كمعيار لتمييز الوظيفة القضائية لم تلق قبولا من الفقه الحديث • اذ هى لا تتفق مع وظيفة القضاء فى الدولة الحديثة .

---

(١) انظر : زانزوكى ـ جزء اول بند ٨ ص ٧ ـ ٨ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٨٠ ص ٤٣٨ ـ ٤٤٠ . ومن أكبر انصار هذا المعيار الاستاذ كارنيلوتى (انظر عرضا لنظريته فى مناهج البحث فى قانون المرافعات للمؤلف ١٩٦٧ بند ٢٧ ص ٤٧ ـ ٥٠) . وهذا الرأى هو الذى يميل اليه كثير من الفقهاء فى مصر . (رمزى سيف : الوسيط بند ١ ص ٧ ، احمد مسلم ـ اصول المرافعات بند ٢١ ـ ٢١) ويرى البعض الاخذ بهذا المعيار مع اضافة ضوابط أخرى (ابراهيم سعد : جزء اول بند ٢٤ ص ٨١) . فهو يضيف وجود هيئة من الغير تحسم النزاع ـ اجراءات قضائية معينة تضمن تطبيق القانون على الوجه الصحيح) .

كما يميل اليه القضاء المصرى (انظر نقض مدنى ٩ يناير ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٠٥) . وقد قرر ان قرار نقابة المحامين بتقدير اتعاب المحامى يعتبر عملا قضائيا لانه يعتبر فصلا فى خصومة . على ان الحكم اضاف معايير اجرائية « تؤكد ان العمل قضائى وهو ما أوجبه القانون من اعلان المطلوب التقدير ضده بصورة من الطلب وبالجلسة ، وما رسمه القانون من طرق الطعن فى الحكم ، وما اجازه من الحصول على اختصاص بموجب قرار التقدير » . وانظر ايضا : نقض مدنى ٤ يناير ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١٨ ـ ٤) .

فالدولة الآن لا تنظم القضاء بقصد حل المنازعات ، وانما هى بعد أن تعبر عن ارادتها — بواسطة التشريع — فى شكل عام مجرد ، تؤكد — بواسطة القضاء — هذه الارادة فى الحالات المحددة . حقيقة أنه فى أغلب الحالات يؤدى تطبيق القانون الى حل نزاع بين طرفين ، ولكن فى حالات أخرى يوجد قضاء دون وجود نزاع (١) .

ويمكن تلخيص الاعتراضات التى قيلت ضد فكرة النزاع فيما يأتى :

١ — الأخذ بهذه الفكرة يؤدى الى اخراج التنفيذ الجبرى من الأعمال القضائية (٢) . اذ التنفيذ لا يفصل فى نزاع بل يرمى الى اقتضاء حق لم يعد محل نزاع . وهذا الرأى لا يمكن الأخذ به . اذ من المسلم أن التنفيذ الجبرى صورة من صور الحماية القضائية للحق (٣) .

٢ — لاتصلح فكرة النزاع بالنسبة للقضاء الجنائى . فالقضاء الجنائى لايرمى الى حل نزاع بين سلطة الاتهام والمتهم حول وجود الجريمة أو حول عقوبتها . والقول بغير هذا يعنى امكان الاتفاق بينهما على حل هذا النزاع وديا . وهو مالم يقل به أحد (٤) .

٣ — وحتى فى نطاق القضاء المدنى فان فكرة النزاع منتقدة . ففى القانون الحديث توجد خصومات مدنية لاتوجد فيها منازعة . من هذه حالة رفع دعوى بالتزام يقر به المدين ويكون الغرض من الدعوى عندئذ الحصول على سند تنفيذى (٥) . ومن ناحية أخرى : فانه اذا تغيب المدعى عليه فلا يعرف هل هو ينازع ادعاء المدعى أم لا ومع ذلك فالحكم يعتبر قضاء .

---

(١) فتحى والى : مناهج البحث — بند ٢٩ ص ٥٤ — ٥٥ .

(٢) فتحى والى : مناهج البحث — بند ٢٩ ص ٥٥ — ٥٦ .

(٣) زانزوكى : جزء أول بند ٩ ص ٨ .

(٤) مناهج البحث — للمؤلف — بند ٢٩ ص ٥٦ .

(٥) سوليس وبيرو : بند ٤٨٠ ص ٤٣٩ — ٤٤٠ .

(د) معيار الحلول (١) : يتلخص هذا المعيار فى أن القضاء والادارة يقوم كل منهما بتطبيق القاعدة القانونية (٢) . وانما الذى يميز العمل القضائى عن العمل الادارى هو أن الادارة تطبق قاعدة قانونية موجهة اليها ، بينما القضاء يطبق قاعدة قانونيــة موجهة للخصــوم لم تحتــرم منهم . فالقضاء اذ يعمل القاعدة القانونية انما يعملها حالا محل الخصوم. فالنشاط يحل محل نشاط آخر لم يقم به الخصم .

وفكرة الحلول هذه تبدو أيضا فى التنفيذ الجبرى . ومن هنا الفارق بين التنفيذ الجبرى المدنى ، وتنفيذ الحكم الجنائى . ففى التنفيذ الجنائى لا تتحقق الارادة القانونية أصلا الا بواسطة هيئة عامة . أما فى التنفيذ المدنى فان التنفيذ يجب أن يتحقق أصلا بارادة الخصم فاذا لم يقم بما يجب عليه من نشاط للوفاء اختيارا ، حل نشاط الدولة محل نشاطه .

وهذا الحلول الذى يميز العمل القضائى لا يوجد فى العمل الادارى . فالادارة عندما تطبق القانون ، فهى تطبق مباشرة القانون الذى تخضع له خلال قيامها بنشــاطها الأصيل (٣) . تماما كتطبيق الفــرد القانون فى سلوكه (٤) .

واذا أريد تصوير موقف كل من القضاء والادارة بالنسبة للقانون ، فانه يمكن القول باختصار أن القاضى يطبق القانون أما الادارة فهى تعمل وفقا للقانون . فالقاضى ينظر للقانون فى ذاته ، أما الادارة فانها تنظــر اليه باعتباره قاعدة لسلوكها . وبعبارة أخرى . النشاط الادارى نشاط أصلى ، أما النشاط القضائى فهو نشاط حال محل نشاط مفروض على آخر . فالقاضى ينظر أساسا الى ما كان على الخصم عمله . ولأن النشاط

---

(١) من انصارها : كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ١٤٠ ص ٨ — ١٢ . روكو : الحكم المدنى بند ٤ ص ٨ . كوستا : بند ٥٣ ص ٧٠ . زانزوكى : جزء أول ص ١٢ — ١٣ وأنظر ايضا : موريل : بند ٧٢ ص ٧٩ — ٨٠ .

(٢) روكو : الحكم — ص ٨ هامش ١١ .

(٣) وجدى راغب : رســالة ص ١٠٥ .

(٤) Satta : Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata riv — proc, civ. 1932 I. p. 372.

القضائى يحل محل نشاط كان مطلوبا من آخر فهو لا يحدث لمصلحة القاضى. فالقاضى انما يطبق القانون حماية للمصلحة التى أضيرت بعدم تطبيقه ، أى للمصلحة التى وضع القانون لحمايتها ، وهى مصلحة ليس طرفا فيهـا .

واذا أردنا أن نوجز معيار القضاء كما تراه هذه النظرية ، فانه يمكن القول انه يوجد قضاء اذا توافرت الشروط التالية :

١ — وجود قاعدة قانونية تفرض سلوكا معينا ، ايجابيا أو سلبيا على من توجه اليه هذه القاعدة .

٢ — حدوث مخالفة لهذه القاعدة ممن توجه اليه .

٣ — تطبيق القاعدة القانونية من شخص من الغير ، أى من شخص ليس هو الموجهة اليه القاعدة القانونية والتى كان يجب عليه احترامها فى سلوكه ، وليس صاحب المصلحة التى كانت ترمى القاعدة القانونية الى حمايتها . وهذا التطبيق ضرورى لاعمال القاعدة القانونية المخالفة ، بسبب عدم احترام هذه القاعدة ممن توجه اليه ، فهو تطبيق بديل ، أو بعبارة الفقه الايطالى حلولا محل تطبيق أصيل .

وقد اعترض على هذه النظرية بما يأتى :

١ — أنه قد يوجد تطبيق للقانون حلولا محل نشاط لآخـر ، ومع ذلك يعتبر العمل عملا اداريا . ومن ذلك مثلا القـرار الذى يصـدره الرئيس الادارى حالا محل مرؤوسيه (١) . ويرد على هذا بأن القرار الذى يصدره الرئيس الادارى كقرار المرؤس اذ هو يصدر بالنظـر الى نشاط ومصلحة الادارة لا بالنظـر الى نشاط الآخرين .

٢ — أنه لو كان هناك حلول ، لأصبح القاضى طـرفا فى الرابطـة القانونية الموضوعية التى يحل محل أحد أطرافها ، ولوجب على القاضى

(١) Allorio (Enirico) : Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. riv. trim. dir. e proc. civ. 1949 p. 515.

أن يقوم بما كان يجب أن يقوم به الملتزم وفقا لهذه الرابطة ، فى حين أنه يقوم بما لا يستطيع الملتزم القيام به (١) . وهذا الاعتراض أيضا لاأساس له . اذ أن حلول القاضى لا يكون فى الرابطة الموضوعية حتى يصبح بهذا الحلول أحد أطرافها ويلتزم بالتزامات هذا الطرف ، انما المقصود بالحلول هنا هو أن القاضى يطبق قاعدة قانونية كان يجب على ذلك الطرف احترامها كقاعدة لسلوكه . ومن الطبيعى أن يتم التطبيق من جانب القاضى بعمل يختلف عن عمل هذا الطرف . من ناحية لأنه تطبيق يتم بعد حدوث المخالفة ، ومن ناحية أخرى لأنه يتم من شخص لا توجه اليه القاعدة القانونية محل المخالفة .

٣ — ولنفس العلة ، من الطبيعى أن يكون أثر العمل القضائى مختلفا عن أثر قيام الطرف فى الرابطة القانونية بالتزامه ، فلا يصح الاعتراض على النظرية على أساس أن العمل القضائى يرتب حجية الأمر المقضى على خلاف عمل الأطراف فى الرابطة .

---

(١) انظر هذه الاعتراضات فى : وجدى راغب . رسالة ص ٧٣ وما بعدها .

الفصل الثانى

الأعمال القضائية والأعمال الولائية

١٦ ــ تعريف : تقوم المحاكم بأوجه نشاط مختلفة ، لا تعتبر كلها قضاء بالمعنى الصحيح ، فالمحكمة قد تصدق على صلح أو تأذن لقاصر بابرام تصرف قانونى . وهذه الاعمال تعرف فى الاصطلاح العربى بالاعمال الولائية(١) .

وتتصل فكرة النشاط الولائى بدور الارادة الخاصة فى الحياة القانونية . فاذا كان القانون يعترف ــ بصفة عامة ــ بسلطان الارادة فى ترتيب آثار معينة . فقد رأى أن تتوقف فاعلية الارادة ــ فى بعض الاحوال ــ على تدخل من جانب الدولة يحدث مقدما للتأكد من ملاءمة العمل أو شرعيته . وهذا التدخل قد يرمى الى ضمان مطابقة الاثر الذى تتجه اليه الارادة مع المصلحة الحقيقية للدولة ، أو الى حماية صاحب المصلحة من تعسف أو عدم خبرة صاحب الارادة القائم بالعمل ، أو الى التأكد مقدما من توافر الشروط الشكلية والموضوعية التى يتطلبها القانون لترتيب أثر معين(٢) . ونظرا لما تتطلبه هذه الاعمال من ثقة خاصة فيمن يقوم بها وضمانات تكفل له استقلاله وعدم تأثره ، فقد رؤى أن خير من يقوم بها هم القضاة(٣) . على أنه يلاحظ أن هناك أعمالا ولائية تناط أصلا بموظفين اداريين مثل التوثيق ، ولهذا فان هذه الاعمال لا تناط بالقضاة الا عرضا بسبب اتصالها بالخصومة القضائية ومن هذه التصديق على الصلح بين الخصوم .

---

(١) وفى فرنسا يطلق عليها اسم Juridiction gracieuse ويقصد بهذا الاصلاح الاخير ان القضاء يباشرها تكرما منه لانها لا تدخل فى وظيفته العادية . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٨٢ ص ٤٤٣ .

(٢) روكو : الحكم المدنى : ص١٥ حاشية ١٦ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٤٢ ص ١٤ .

ومن الاعمال الولائية الاعمال التى ترمى الى تعيين شخص للقيام بمهمة معينة أو تنظيم هذه المهمة مثل تعيين الخبير أو المصفى أو الوصى أو ما يصدر اليهم من تعليمات أو ترخيص • ومنها ما يتضمن الاذن لشخص بالقيام بعمل لا يستطيع أن يقوم به دون اذن القضاء مثل الاذن بالحجز التحفظى أو الاذن بوضع الاختام • وأخيرا منها يتعلق بتلقى اعلان ارادة واضفاء صفة الرسمية عليها ، أو تلقى وقائع مادية والتحقق منها واعلانها مثل التصديق على الصلح أو اعلام الوراثة •

١٧ — معيار تمييز العمل الولائى : (١) ينظم المشرع المصرى أهم صور الاعمال الولائية ، وهى الاوامر على العرائض (المواد من ١٩٤ الى ٢١٠)، مما حدا ببعض الفقهاء فى مصر الى القول بأنه لا أهمية فى مصر لوضع معيار لتمييز العمل الولائى (٢) • وهو قول يتنافى مع الواقع ، ذلك أن الاعمال الولائية متنوعة لا تمثل الاوامر على العرائض سوى احدى صورها(٣) • فالى جانب هذه الاوامر ، توجد أعمال ولائية مثل حكم ايقاع بيع العقار جبرا لا يصدر فى صورة أمر على عريضة •

ولأن العمل الولائى ليس عملا قضائيا كما أنه ليس عملا اداريا ، فانه لا يكفى لتمييزه تطبيق معيار التفرقة بين هذين العملين • وقد تعددت الاتجاهات فى تمييز العمل الولائى(٤) ، ونستعرض أهم هذه الاتجاهات تباعا لننتهى الى اختيار المعيار الذى نراه •

---

(١) جاكمار : مجلس الدولة ص ٤٥ .

(٢) محمد حامد فهمى : المرافعات بند ٢٤ . احمد ابو الوفا : المرافعات بند ٥٦٤ ص ٧٥٥ — ٧٥٦ .

(٣) عبد الباسط جميعى : سلطة القاضى الولائية بند ١١٦ ص ٦٣٠ — ٦٣١ . ومن ناحية أخرى ، فان أحكام الاوامر على العرائض الواردة فى المواد من ١٩٤ الى ٢١٠ مرافعات وان كانت تعتبر الاجراءات العادية فى هذا الصدد ، فان هناك من القرارات على العرائض فى التشريع المصرى ما يعتبر أعمالا ولائية ولا يخضع لاحكام هذه الاوامر . من هذه القرارات الصادرة من غرفة المشورة فى مسائل الاحوال الشخصية (أنظر المادة ٨٦٨ وما بعدها من مجموعة المرافعات لسنة ١٩٤٩ . وقد بقيت رغم الغاء المجموعة) وفى مسائل الولاية على المال (أنظر المادة ٩٩٨ وما بعدها من مجموعة المرافعات لسنة ١٩٤٩ وقد بقيت رغم الغاء المجموعة) .

(٤) انظر : كيوفندا — نظم جزء ثان بند ١٤٢ ص١٦ — ١٨ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٨٥ ص ٤٧٤ وما بعدهما . موريل : بند ٧٩ ص٨٥ .

أولا : المعيار الشكلى : وفقا له يتميز العمل الولائى بأنه يصدر بناء على عريضة تقدم مباشرة الى القاضى ولا تعلن الى الطرف الآخر ، ويصدره القاضى فى غرفة المشورة وليس فى جلسة علنية ، ويتخذ العمل شكل أمر وليس شكل حكم .

وهذا المعيار غير مقبول ، ذلك أنه اذا كانت هذه المظاهر الخارجية تصاحب عادة العمل الولائى فانها لا تكون معيارا مميزا له لعدة أسباب أهمها :

١ — لأن تمييز عمل قانونى عن غيره يجب أن ينظر الى مضمون العمل وليس الى الشكل الذى يظهر فيه .

٢ — هناك أعمال قضائية تطلب بناء على عريضة ، وتصدر فى صورة أمر ، من هذه أوامر الاداء فى القانون المصرى(١) .

٣ — أحيانا يجب لاصدار العمل الولائى أن يعلن للطرف الآخر . ومن هذه طلب المعونة القضائية . (مادة ٢٤ من ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية) .

٤ — أحيانا يقوم القاضى بأعمال قضائية فى غرفة المشورة ، من هذه نظر التظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير (مادة ١٦١ من قانون الاثبات). كما أن الاحكام تصدر أحيانا فى غير جلسة علنية ، وذلك للمحافظة على النظام العام أو الآداب العامة أو صيانة لحرمة الاسرة (مادة ١٠١ مرافعات) . وأخيرا فان بعض الاعمال الولائية تصدر فى جلسة علنية كما هو الحال بالنسبة لحكم ايقاع البيع الجبرى .

والواقع — كما لوحظ بحق — ان هذا المعيار انما ينظر فقط الى الاوامر على العرائض ، وهذه ، بشكلها واجراءاتها التى رسمها القانون ، لاتغطى كل الاعمال الولائية (٢) .

= زانزوكى : جزء أول بند ٤٤ ص ٧٢ وما بعدها . عبد الباسط جميعى : سلطة القاضى الولائية ص ٦٢٩ بند ١١٤ وما بعدها .

(١) نقض مدنى ٧ يوليو ١٩٦٤ ، مجموعة النقض ١٥ — ١٩٦٣ — ١٤٥

(٢) عبد الباسط جميعى : سلطة القاضى الولائية بند ١١٦ ص٦٣٠ .

ثانيا : معيار انعدام النزاع : وفقا لهذا المعيار يتميز العمل الولائى عن العمل القضائى بأن الاول لا يفصل فى خصومة أو نزاع ٠

ويجـد هذا المعيار تأييدا لدى البعض حديثا فى كل مـن مصر وفرنسـا ٠

ويقول أنصاره أن هذا المعيار يقابل بعض الصعوبات التى يمكن حلها على الوجه الآتى : (أ) من النادر أن يصدر عمل ولائى دون أن يؤثر على نحو ما على مصالح الآخرين ٠ فالقرار الذى يأذن بحجز تحفظى يضر بمصلحة المدين ٠ فالعمل الولائى يحمل فى طياته بوادر نزاع ممن يضار به ٠ ولكن يجب التنبيه أن مجرد احتمال النزاع لا يجعل القرار قضائيا ٠ فالمعيار هو وجود نزاع قبل القرار لا احتمال النزاع بعده ٠ (ب) قد يصدر القاضى أثناء خصومة قضائية بعض القرارات كالاذن بالاعلان فى يوم عطلة رسمية ٠ وهذا العمل يصدر بسبب وجود نزاع فى الخصومـة ولكنه يعتبر عمل ولائيا ٠ اذ يجب النظر الى القرار فى ذاته بصرف النظر عن ارتباطه بخصومة قضائية ٠ (ج) قد توجد منازعة صورية ، كأن يتفق الطرفان على الظهور فى منازعة أمام القضاء من أجل الحصول على حكم قضائى يؤكد حقوقهما التى اتفقا عليها ٠ وهذا الحكم يعتبر عملا قضائيا رغم عدم وجود نزاع ٠ ولكن يجب عدم اعطاء حل واحد فى هذه الحالة٠ فالامر يتوقف على الموقف الذى يتخذه المدعى عليه أمام القضاء ٠ فاذا لم ينازع ادعاء المدعى ، أعتبر القرار ولائيا٠أما اذا نازعه — ولو صوريا — فان القرار يعتبر عملا قضائيا(١) ٠

وفى تقديرنا أن معيار النزاع ليس حاسما ٠ ذلك أنه اذا كانت العبرة بالموقف الذى يتخذه المدعى عليه أمام القضاء ، فما الرأى بالنسبة للحكم الغيابى وهو يصدر فى غيبة الطرف الآخر وبالتالى دون منازعة ٠ وما الرأى اذا رفع شخص دعوى فجاء المدعى عليه واعترف بادعاء المدعى ٠ واخيرا

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول — بند ٤٨٦ ص ٤٤٨ ، بعدهما ٠

Planiol (M.). Caractère et effets des décisions rendues en matière de juridiction gracieuse, these Paris 1910, p.p. 22 et s, s.

وأنظر تأييدا لمعيار النزاع فى مصر : ابراهيم سعد — ص ٩٨ ٠

فان أهم ما يعيب هذا المعيار هو أنه لا ينظر الى مضـــمون العمل وانما الى موقف خارج عن هذا المضمون ــ وليس من المقبول قانونا اختلاف طبيعة عمل القاضى ذى المضمون الواحد باختلاف موقف الخصم • واذا كان معيار النزاع لا يصلح ــ كما قدمنا ــ لتمييز العمل القضائى ، فان انعدام النزاع لا يصلح ــ لنفس الاسباب ــ لتمييز العمل الولائى عن العمل القضائى •

ثالثا : الحل المختار ــ العمل الولائى عمل منشىء : فى تقديرنا مع بعض الفقهاء (١) أن العمل الولائى يتميز بما يأتى :

١ ــ أن العمل الولائى يرمى دائما الى انشاء مركز قانونى جديد ، فهو دائما ذو أثر منشىء ، فى حين أن العمل القضائى محله رابطة قانونية ســابقة • وبيان هذا أنه عادة ما يشترط القانون لانتاج الاثر القانونى لاعلان ارادة الافراد بعض الشروط • وقد يكون من هذه الشروط تدخل موظف من الدولة يقوم بتوثيق هذا الاعلان ، أو بالتحقق من توافر عناصر موضوعية أو شكلية معينة ، أو مجرد تلقى هذا الاعلان • وفى جميع هذه الصور تقوم الدولة بالتدخل لتكوين مراكز قانونية خاصة ، أو لتكملة نشاط الافراد الذين يريدون ــ من أجل تحقيق مصالحهم ــ انشاء روابط قانونية ، ولكن ارادتهم لاتستطيع وحدها تحقيق هذا الاثر القانونى • فالدولة اذن تشارك فى هذه الحالات بنشاطها فى انشاء مركز قـانونى جديد الى جانب نشاط الافراد ذوى المصلحة • وعمل الدولة هنا هو العمل الولائى • وعلى العكس ، فان العمل القضائى يفترض رابطــة قانونية سبق تكوينها ويرمى الى تطبيق ارادة القانون محل ارادة الافراد لكى تحقق تلك الرابطة القانونية هدفها •

٢ ــ أن العمل القضائى يفترض دائما وجود خصمين يتوقع أحدهما حماية مصلحته ضد الطرف الآخر ، ويقوم القـــاضى ــ بسبب تحــريم الدفاع الخاص ــ بالحلول محل أحدهما لتحقيق هذه الحماية • فالعمل القضائى اذا كان لا يتطلب حضور الخصين ، فانه يفترض دائما وجودهما •

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٤٢ ص ١٧ ــ ١٨ . زنزوكى : جزء اول بند ٤٥ ص ٤٣ ــ ٤٥ . وانظر : وجدى راغب : رسالة ص ١٢٢ . الموجز ص ٧٧ .

ولهذا فان الحكم الغيابى يعتبر عملا قضائيا ، اذ هو وان صدر فى غيبة المدعى عليه ، يفترض وجود مدعى عليه • وبعبارة أخرى العمل القضائى يصدر دائما ضد أو فى مواجهة خصم آخر • أما العمل الولائى • فلانه لا يفترض رابطة قانونية سابقة وانما يرمى الى معاونة الفرد على تحقيق ارادته ، فانه لا يفترض خصمين • قد يؤدى العمل الولائى الى الاضرار بمصلحة شخص ، ولكن هذا الشخص الآخر ليس خصما ، لانه لا توجد رابطة قانونية سابقة بين الشخصين ، تخول أحدهما حقا يقوم القضاء باعماله •

ويلاحظ أن العمل الولائى قد يقبل الطعن بالطريق الذى يرسمه له القانون ، وعندئذ يراقب القضاء صحته وملاءمة اصداره ، ويصدر حكما بتأييده أو بالغائه • وهذا الحكم يعتبر عملا قضائيا وليس عملا ولائيا • ذلك أن الحكم انما يطبق ارادة قانونية سابقة تتعلق بمطابقة مركز واقعى (العمل الولائى) بنموذجه القانونى ، فهو لا ينشىء مركزا قانونيا جديدا (١) •

١٨ — الاعمال المتعلقة بادارة القضاء : تقوم المحاكم ببعض الاعمال الهدف منهما تنظيم قيامها بوظيفتها القضائية والولائية ، فهى أعمال تتعلق بادارة المحاكم كمرافق عامة ، من هذه تحديد مواعيد الجلسات ، وتوزيع القضايا على الدوائر المختلفة ، وتحديد ساعة بدء الجلسة ، وادارة الجلسة وضبط النظام فيها • ومن المتفق عليه فى الفقه الحديث أن هذه الاعمال ، ولو صدرت من قاض ، لا تعتبر أعمالا قضائية ، كما أنها لا تعتبر أعمالا ولائية • فهى تتفق مع الاعمال الولائية فى عدم اعتبارها نشاطا قضائيا ، ولكنها تتميز عنها بأنها لا تتعلق بمصالح الافراد وانما بسير وادارة القضاء (٢) باعتباره مرفقا عاما ، ولهذا فانها لا تخضع للنظام القانونى للاعمال الولائية ، وبصفة خاصة ، لا تقبل التظلم منها (٣) •

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان ص ١٨ •

(٢) عبد الباسط جميعى : سلطة القاضى الولائية بند ٦٧ ص ٦٥ — ٦٦ •

(٣) سوليس وبيرو — جزء أول بند ٤٩٥ ص ٤٥٥ — ٤٥٦ •

الفصل الثالث

التحكيم

١٩ ـ تعريف : يعترف التنظيم القانونى بامكان تحقيق المصالح المعتدى عليها وبالتالى تطبيق القاعدة القانونية المخالفة ، بوسائل أخرى غير الالتجاء الى قضاء الدولة(١) . ومن هذه الوسائل التحكيم arbitrage فالتحكيم يمثل أهم وسيلة بمقتضاها يستغنى الاطراف عن قضاء الدولة . فكما أن الافراد يستطيعون باتفاقهم حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم ، فانهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم ، لكى يتولوا الفصل فى هذه المنازعة (٢) .

وهناك اعتبارات مختلفة قد تدعو الاطراف الى الالتجاء الى التحكيم : منها الرغبة فى عرض النزاع على أشخاص ذوى خبرة فنية خاصة ، أو على أشخاص محل ثقة . أو الرغبة فى تجنب بطء القضاء ونفقاته والوصول الى حل النزاع بطريقة أكثر سرعة وأقل نفقات . أو الرغبة فى عدم التعرض لعلانية القضاء(٣) .

ويجب عدم الخلط بين التحكيم ونظام آخر يقوم على اتفاق الاطراف ، ولكن ليس له نفس الغاية ، وهو قيام شخص ثالث بمعاونة الاطراف فى تحديد عنصر ينقص تصرفا قانونيا أبرموه . ومن أمثلة هذه الحالة الاتفاق فى عقد بيع على تفويض شخص ثالث فى تحديد ثمن المبيع . فهذا الشخص يكمل تصرف قانونى لم تكتمل عناصره بعد ولهذا فان عمله لا يعتبر قضاء ، ولا يخضع لقواعد التحكيم (٤) .

---

(١) زانزوكى : الجزء الاول بند ٣٢ ص ٣٠ .

(٢) كوستا : بند ٦١ ص ٧٩ .

(٣) زانزوكى : جزء أول بند ٣٥ ص ٣٣ . موريل : بند ٧١٠ ص٥٤٣.

(٤) كيوفندا : نظم جزء أول ص ٧٠ ـ ٧١ : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط . جزء رابع بند ٢١٢ ص ٣٧٨ وما بعدها خاصة حاشية ١ ص ٣٧٩ . موريل : ص ٥٤٣ حاشية ٢ .

٢٠ ـ انواع التحكيم : اولا : التحكيم الاختيارى والتحكيم الاجبارى :
يكون التحكيم اختياريا اذا كان الالتجاء اليه بارادة الاطراف . وهذا هو التحكيم بالمعنى الصحيح . ويكون اجباريا اذا وجب على الاطراف الالتجاء اليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة (١) .

وكثيرا ما يحدث الخلط بين التحكيم الاجبارى وقضاء الدولة عندما يصدر من هيئة قضاء استثنائية . ومن المهم التفرقة بينهما ، اذ القضاء الاستثنائى من قضاء الدولة ، يمكن ان يحوز بذاته القوة التنفيذية . أما قرار هيئة التحكيم فالاصل أنه لا يحوز القوة التنفيذية الا بعد شموله بأمر تنفيذ . وليس هناك معيار واضح يمكننا بمقتضاه التمييز بين التحكيم الاجبارى والقضاء الاستثنائى ولكن يمكن الاستدلال بما يلى (٢) .

(أ) فى القضاء الاستثنائى ، تتكون الهيئة من أشخاص دائمين ، فى حين أنه فى التحكيم الاجبارى ، تشكل الهيئة بالنظر الى كل نزاع .

(ب) لا يختار أعضاء القضاء الاستثنائى بواسطة الاطراف ، فى حين أن أعضاء التحكيم الاجبارى يجب أن يقوم الاطراف باختيار بعضهم على الاقل .

ثانيا : التحكيم العادى والتحكيم مع التفويض بالصلح : ويختلفان من حيث سلطة المحكم . ففى التحكيم العادى (ويسميه القانون المصرى اختصارا بالتحكيم) ، يجب على المحكم أن يطبق قواعد القانون الموضوعى ولا يوجد هذا الالتزام بالنسبة للتحكيم مع التفويض بالصلح (٥٠٦/١ مرافعات) . أما بالنسبة للقانون الاجرائى فتنص المادة ٥٠٦ على أن المحكم لا يتقيد ـ أيا كان نوع التحكيم ـ باجراءات المرافعات عدا ما ينص عليه الباب الخاص بالتحكيم .

والاصل فى التحكيم أنه تحكيم عادى . فلا يعتبر تحكيما مع التفويض بالصلح الا اذا وجد فى الاتفاق على التحكيم ما يشير الى هذا (٣) .

---

(١) كيوفندا : نظم جزء أول ص ٧٠ .
(٢) كوستا : بند ٦٢ ص ٨١ — ٨٢ .
(٣) نقض مدنى ١٧ يونيو ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٧٧٨ ـ ١٢٣

٢١ ـ الطبيعة القانونية للتحكيم : اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم هل له الطبيعة التعاقدية أم القضائية :

اولا ـ النظرية التعاقدية (١) : وترى هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة تعاقدية . وتستند الى :

١ ـ أن ماله أهمية بالنسبة لتحديد طبيعة التحكيم هو رغبة الأفراد فى حل نزاعهم بطريقة ودية عن طريق احلال تقدير شخص ثالث هو المحكم محل تقديرهم ، وقبولهم لتقدير هذا الشخص . ولهذا فانه بينما يفترض القضاء عدم ارادة أحد الطرفين الامتثال للقاعدة القانونية التى تحمى مصلحة الطرف الآخر فى مواجهته ، فانه فى التحكيم يرغب الطرفان فى هذا الامتثال .

٢ ـ ان التحكيم يختلف فى هدفه عن القضاء . فالقضاء يرمى الى تحقيق مصلحة عامة ، أما التحكيم فانه يرمى الى تحقيق مصالح خاصة لاطراف عقد التحكيم .

٣ ـ ان الافراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمنا على التنازل عن الدعوى ، ويخولون المحكم سلطة مصدرها ارادتهم . وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية ، اذ أنها تقوم على ارادة ذوى الشأن . ولا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة قضائية الا اذا كان الاطراف وهم يعينون المحكمين يتمتعون بسلطة عامة ، وهو ما لم يقل به أحد (٢) .

٤ ـ يؤيد القانون الوضعى هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم : ذلك أنه (أ) يمكن أن يكون المحكم وطنيا أو اجنبيا ، فى حين ان الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى وطنى . (ب) اذا لم يقم المحكم بواجبه فلا

---

(١) من اوائل من قال بها الاستاذ الفريد روكو ـ الحكم المدنى مشار اليه بند ١٥ ص ٣٣ وما بعدها . ومن أبرز انصارها فى ايطاليا الاستاذ ساتا .

Satta (Salvatore) : Diritto
processuale civile. Padova 1954, no. 520 p.p. 623-625.

ويأخذ به فى مصر : وجدى راغب : رسالته ص ٣٨٢ ـ ٣٨٥ .

(٢) ساتا : الاشارة السابقة .

تنطبق عليه قواعد انكار العدالة • (ج) اذا أخطأ المحكم ، فانه لا يخضع لقواعد المخاصمة • (د) يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم ، بعكس حكم القضاء •

وقد أشارت المذكرة الايضاحية لمجموعة المرافعات المصرية صراحة الى أن « حكم المحكمين ليس حكما قضائيا » •

ويعيب هذا الرأى (١) ، أنه يبالغ فى اعطاء الدور الاساسى لارادة الاطراف • فالواقع أن الاطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن ارادتهم هم — كما هو الحال بالنسبة للشخص الثالث الذى يحدد ثمن المبيع — وانما الكشف عن ارادة القانون فى الحالة المعينة • فالمحكم وهو يقوم بالفصل فى النزاع مطبقا ارادة القانون لا يلقى بالا الى ما قد تكون ارادة الاطراف قد اتجهت اليه(٢) •

٢ — **النظرية القضائية** : وفى تقديرنا — مع الرأى الغالب — أن التحكيم قضاء • فجوهر القضاء هو تطبيق ارادة القانون فى الحالة المعينة بواسطة شخص لا تتوجه اليه القاعدة القانونية التى يطبقها (٣) • والاشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا ينزلون عن الدعوى وانما ينزلون عن الالتجاء الى القضاء الذى تنظمه الدولة لصالح قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم ، وتعترف به الدولة • فالتحكيم نوع من أنواع القضاء (٤) الى

---

(١) انظر نقدا لهذا الرأى فى كيوفندا : نظم جزء أول ص ٦٨ — ٦٩ كوستا : بند ٦١ ص ٨٠ .

(٢) Santoro-Passarelli (Francesco) : Negozio e giudizio, riv trim. civ. 1956, p. 1161.

(٣) وقد لوحظ بحق أن حكم المحكمين يعتبر قضاء أيا كان المعيار الذى يؤخذ به فى تحديد العمل القضائى فيما عدا معيار الهيئة مصدرة العمل .
Rubellin — Devichi (Jacqueline) : L. arbitrage, nature juridique Paris 1965 no. 11 p. 15.

(٤) من انصار الطبيعة القضائية للتحكيم :
Carnelutti (F.) Istituzioni del processo civile italiano, 1 Roma 1956 no. 59. p. 60.
سانتور — بازاريلى : التصرف .. مشار اليه ص ١١٦١ — ١١٦٢ . السنهورى ، الوسيط جزء ثان بند ٣٤١ ص ٦٥٠ . محمد كامل ليلة ، الرقابة القضائية — الاشارة السابقة ص ٥٨٤ حاشية ١ . عبد المنعم الشرقاوى : المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ١٩٥٠ — بند ٤٦٤ ص

جانب قضاء الدولة ، شأنه شأن القضاء الاجنبى الذى يعترف القانـون الداخلى بأحكامه ، أو القضاء الذى تتولاه سلطة دينية غير سلطة الدولة. (كما كان الحال فى مصر بالنسبة للمجالس الملية) .

حقيقة أن القضاء مظهر من مظاهر السيادة ، ويجب لهذا ألا تقوم به سوى الدولة . ولكن الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعتـرف لبعض الاشخاص بالقيام بهذه المهمة فى صورة التحكيم فى نطاق معين . وليس أدل على الصفة القضائية للتحكيم من أن المحكم يقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعى (٥٠٦ مرافعات) ويكون لقراره الذى يصدره حجية الامر المقضى ، وهى حجية من المسلم أنها لا تمنح الا للاعمـال القضائية .

أما ما قيل — تأييدا للفكرة التعاقدية — من اختلاف فى أحكام القانون الوضعى بين القضاء والتحكيم(١) . فيرجع فى مظاهره المختلفة الى علة واحدة هى أن المحكم وان كان يقوم بالقضاء الا أنه لا يمثل الدولة. فقضاؤه قضاء خاص . ولهذا فان المحكم لا يستطيع أن يلزم شـاهدا بالحضور أو يلزم خصما بتقديم مستند تحت يده . كما أن حكم المحكم لا ينفذ جبرا الا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة . شأنه شأن الحكم الصادر من دولة أجنبية . والواقع أن القول بأن استلزام هذا الامـر يعنى أن حكم المحكمين ليس قضاء ، يجب أن يؤدى منطقيا الى القول بأن الحكم الاجنبى أيضا ليس قضاء . وهو ما لم يقل به أحـد .

ولنفس العلة ، وهى أن التحكيم قضاء خاص يمكن أن يكون المحكم أجنبيا ، كما أنه لا يعتبر ملتزما بما تلتزم به الدولة من اقامة القضاء فى اقليمها وبالتالى لا يعد منكرا للعدالة اذا لم يصدر حكما فى الدعوى .

---

٦٣٣ . رمزى سيف : قواعد تنفيذ الاحكام ١٩٦٩ — بند ٤٦ ص ٦٦ وبند ٩٥ ص ٩٨ . أحمد أبو الوفا : نظرية الاحكام فى قانون المرافعات ١٩٦٥ — بند ١٣ ص ٣٧ وما بعدها . موريل : بند ٧٣٢ ص ٥٥ . فنسان بند ٨١٨ ص ٧٧٩ .

Santa Maria (M. F.): La giustizia Privata. Napoli 1937, n. 34 P. 165.
(ويشير الى أن هذا هو الراى الغالب فى الفقهين الايطالى والاجنبى) .

(١) انظر هذا النقد فى كيو فندا — نظم جزء أول بند ٢٦ ص ٦٨ — ٦٩. ساتا : بند ٥٢ ص ٦٢٤ .

كما لايحول دون الصفة القضائية لحكم المحكمين ما قيل من أن التحكيم يرمى الى حماية مصالح خاصة ، فهذا الهدف فى الواقع هو هدف عقد التحكيم ، أما حكم المحكمين فهو يرمى — كحكم القضاء — الى تطبيق القانون (١) . كما لا يحول دونه رغبة الافراد فى التحكيم فى الامتثال لحكم القانون ، فهذا الامتثال مفترض فى جميع الاحوال ، وقد يظهر من الطرفين بالنسبة لقضاء الدولة ، كما هو الحال فى اتفاق طرفين على تحديد محكمة مختصة بدعواهم وهو ما يعنى رغبتهم فى الامتثال لقضاء هذه المحكمة .

الخلاصة اذن أن التحكيم يعتبر قضاء ، وحكم المحكمين يعتبر عملا قضائيا(٢) . على أنه يلاحظ أننا اذا اعتبرنا حكم المحكمين عملا قضائيا فان هذا العمل القضائى لا تنطبق عليه جميع قواعد قضاء الدولة . وبعبارة أخرى ، اذا كان حكم المحكمين حكما فهو ليس كغيره من الاحكام ذلك أنه لا يمكن عزله عن الاتفاق على التحكيم الذى كان سببا له (٣) . وهذا الاتفاق هو عقد من عقود القانون الخاص .

---

(١) ريبيلان ديفينشى : التحكيم — الاشارة السابقة بند ١١ ص ١٦ .

(٢) انظر : ريبيلين — ديفينشى : التحكيم — مشار اليه بند ١٣ ص ١٧ ، وأيضا بند ٥٨٤ ص ٣٦٤ — ٣٦٥ .

(٣) ريبيلان — ديفنشى — الاشارة السابقة . (وهى لهذا ترى ان التحكيم له طبيعة خاصة . وفى اعتقادنا ان تأثير الاتفاق لايمس الطبيعة القضائية للتحكيم) .

البَابُ الثَّانى

الدعوى القضائية

الفصل الأول

فكرة الدعوى

٢٢ – تعريف عندما حرمت الدولة على الفرد اقتضاء حقه بنفسه وهيأت له هذه الحماية بواسطة القضاء ، كان لابد أن تخول الفرد صاحب الحق أو المركز القانونى المعتدى عليه حق الحصول على هذه الحماية(١) . وهذا الحق هو الذى يسمى بالدعوى القضائية action en justice أو – اختصارا – بالدعوى .

ولم تستقر فكرة الدعوى – كفكرة قانونية – فى الفقه حتى الآن (٢) . والواقع أن اللغة القانونية المستعملة سواء من المشرع أو من رجال العمل قد ساعدت على تزكية هذا الخلاف(٣) . ذلك أن هذه اللغة تعرف عدة معان للفظ الدعوى : فأحيانا تعنى المطالبة أمام القضاء ، فيقال رفع شخص الدعوى أى قدم طلبا الى القضاء . وأحيانا أخرى ، يقصد بلفظ الدعوى الادعاء Pretention فيقال البينة على من ادعى . وأحيانا تستعمل الدعوى بمعنى الحق فى حكم بمضمون معين لصالح المدعى . ومن هذا الكلام عن شروط دعوى الاسترداد ، أو عن شروط دعوى منع التعرض . فهنا لا يقصد ما يجب لوجود المطالبة أو لاقامة مجرد الادعاء (٤) . وأخيرا تستعمل الدعوى لتعنى مجموعة الاجراءات أمام القضاء . فيقال مصاريف الدعوى أى المصاريف التى أنفقت بالنسبة لجميع اجراءات الخصومة .

---

(١) كوستا : بند ٦ ص ٧ – ١٠ .

(٢) روكو : الحكم المدنى – بند ٣٢ ص ٧١ . وجدى راغب : رسالته ص ٤٥١ . ساتا : المرافعات – بند ٧٠ ص ٩٤ .

(٣) موريل : بند ٢٤ ص ٢٥ .

(٤) ردنتى : المرافعات جزء أول – بند ٩ ص ٤٦ وما بعدها .

وقد أدى هذا الاختلاف فى استعمال نفس الاصطلاح الى أكثر الخلاف الموجود فى الفقه الآن . فكل فقيه يقدم تعريفا للدعوى . هو فى ذاته تعريف صحيح بالنسبة لما يقصده ، ولكنه لا ينطبق على كل الاستعمالات التى يستعمل فيها لفظ الدعوى ولا ينفى بالضرورة صحة التعريف الآخر الذى يستنكره . ولهذا فاننا لا نرى فى كثير مما قيل من أفكار عن الدعـــوى سوى نظرات من وجهات مختلفة . ويهمنا فقط . أن نحدد فكرة الدعوى التى نرى الأخذ بها ونعتمدها كأساس لبناء قانون القضاء . ونحن نعتقدأن الأفكار الأخرى . وأن كانت فى ذاتها صحيحة الا أنها تطلق اصـــطلاح الدعوى على أفكار أخرى لها اصطلاحات فنية أخرى أدق . ومن المفيد — كما يقول الأستاذ ردنتى Redenti — « عدم الخلط بين الأشياء لأن الناس يخلطون الأقوال » (١) .

٢٣ — الدعوى هى الحق فى الحصول على الحماية القضائية : الحق فى الدعوى هو حق شخص فى مواجهة شخص آخر مضمونه الحصول على تطبيق القانون فى حالة محددة ومنح المدعى حماية قضائية معينة . وهـــذه الفكرة هى وحدها التى تتفق مع مركز الدعوى باعتبارها وسيلة الحماية القضائية . فالقانون عندما يلغى اقتضاء الشخص حقه بنفسه وينظم القضاء لتطبيق القانون وحماية الحقوق ، لايكفى أن يضمن للفرد التجاءه الى القضاء أو سماع إدعاءه ، وانما يجب أن يمنحه الحق فى الحصول على الحماية القانونية التى كان يحصل الشخص عليها بنفسه (٢) .

وتصوير الدعوى كوسيلة لمنح الحماية القضـــائية للحق أو للمركز القانونى ، هو وحده الذى يحقق الصلة بين الدعوى والحق الموضوعى . ذلك أنه اذا كان من المسلم الآن أن الحق فى الدعوى يعتبر حقا مستقلا عن الحق الموضوعى ، فان هذا لا يمكن أن يكون معناه النظر اليها باعتبارها مركزا قانونيا اجرائيا (٣) . ذلك أن الحق فى الدعوى يوجـــد قبل بدء

---

(١) ردنتى : المرافعات — جزء أول بند ٩ ص ٤٦ . وأنظر الافكار المختلفة عن فكرة الدعوى ونقدها : قانون القضاء المدنى — للمؤلف — جزء أول — بند ٤٢ ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) كوستا : بند ١٠ ص ١٢ — ١٣ . بالرمو : ص ١٥٣ فى الحاشية .

(٣) انظر : ساتا — بند ٧٠ ص ٩٣ وما بعدها .

اجراءات الخصومة • فهو مركز موضوعى هدفه الحصول على حماية حق أو مركز قانونى موضوعى (١) • ومن ناحية أخرى ، فان هذه الفكرة هى التى تتفق مع نظرية الدعوى كما كانت فى القانون الرومانى • فالقانون الرومانى كان يقصد باصلاح Actio الوسيلة التى يحصل بها الشخص على اشباع مصلحته فى الشكل الذى ينص عليه القانون بواسطة القضاء • وعندما كان يقال ان Actio لديه دعوى . فانه كان يقصد بذلك أن له حقا فى الحصول على حكم قضائى لصالحه (٢) •

وأخيرا فان فكرتنا هى وحدها التى تتفق مع نظرية الدعــوى كما يعرفها المشرع المصرى • فالقانون المدنى عندما ينظم شروط دعوى الاعتبار أو دعوى الاثراء بلا سبب أو دعوى المسئولية التقصيرية وغيرها • وكذلك القانون التجارى عندما ينظم شروط دعوى شهر الافلاس أو غيرها فانه ينظم فى جميع الاحوال الشروط التى اذا توافرت حصل صاحب الدعوى على حكم فى الدعوى لصالحه •

وقد أخذ على هذه الفكرة أنها تعلق وجود الدعوى على نجاحها إذ هى لا تعترف بالدعوى الا لصاحب الحق وهو ما لا يمكن معرفته الا بعد مباشرة الدعوى (٣) • ونرد على هذا النقد بأن هذا ما تمليه طبيعة الدعوى باعتبارها حق ــ وسيلة لتحقيق غاية معينة • فالدعوى وسيلة لحماية الحق الموضوعى • ولا يتصور الاعتراف بهــذه الوسيلة الا لمن لديه الحق • والا أصبحت وسيلة لحماية صاحب الحق ومن ليس صاحبه •

٢٤ ــ تمييز فكرة الدعوى عن بعض الافكار القانونية الأخرى :

يجب عدم الخلط بين الدعوى كفكرة قانونية وبين بعض الأفكار التى قد تختلط بها :

---

(١) Betti (E) : Teorie generale delle obligazioni Milsano 1953, V. 2 no. 9 p. p.p 7-10.

(٢) انظر : ليبمان : المرافعات جزء أول ص ٣٢ ــ ٣٤ . كوستا : بند ١٠ ص ١٣ •

(٣) انظر هذا النقــد فى : ابراهيم ســعد ــ ص ١٢٨ ــ ويلاحظ ان المؤلف نفسه يعود فى موضع آخر من كتابه ويأخذ بما ينتقده . فهو يقول فى ص ١٣٦ « وبما انه توجد علاقة وثيقة بين الدعوى والادعاء فلا بد ان يكون هذا الادعاء على أساس لكى يمكن القول بأن مقدم الطلب قد باشر حقه فى الدعــوى » .

(ا) الدعوى وحق الالتجاء الى القضاء : يكفل الدستور لكل شخص حق الالتجاء الى القضاء ، أو ما يسميه بحق التقاضى (مادة ٦٨ من الدستور المصرى) . ومن المفيد التفرقة بين هذا الحق وبين الحق فى الدعوى . فحق الالتجاء الى القضاء هو حق من الحقوق العامة « مكفول للناس كافة » ، لا يجوز النزول عنه ولا ينقضى بالتقادم أو بأى سبب من أسباب الانقضاء. أما الحق فى الدعوى فهو حق محدد مقرر لشخص معين هو من حدث اعتداء على حقه يبرر حصوله على الحماية القضائية . وهو باعتباره حقا محددا يمكن النزول عنه كما أنه ينقضى بالتقادم . ولهذا فان الشخص يكون له حق الالتجاء الى القضـــاء دائما ، ولكن قد يكون لديه الحق فى دعوى معينة ، مثلا دعوى استحقاق عقار معين ، وقد لا يكون لديه هذا الحق .

فالتفرقة بين الدعوى وحق الالتجاء الى القضاء هى تماما كالتفرقة بين حق الملكية وحق التملك .

(ب) الدعوى والادعاء : اذا استعمل الشخص حقه فى الالتجاء الى القضاء ، فانه يطرح ادعاء معينا أمام المحكمة . ويستعمل لفظ الدعوى — كما لاحظنا — فى اللغة القانونية أحيـــانا بمعنى الادعاء . ولكن يجب عدم الخلط بين الفكرتين . فلكل شـــخص — بموجب حقه فى الالتجاء الى القضاء — أن يطرح ادعاءه أمام المحكمة . ولكن قيام هذا الادعاء أمام المحكمة لا يعنى أن لصاحبه الحق فى الدعوى . فالقانون يفرق جيدا بين الفكرتين . وعندما ينظم القانون — على سبيل المثـــال — شروط دعوى استرداد الحيازة أو الدعوى البوليصية فانه لا ينظم شروط مجرد الادعاء وانما الشروط التى اذا توافرت حصل المدعى على حكم لصالحه ، أى شروط الحق فى الدعوى .

حقيقة أن الدعوى تحيا أمام القضـــاء باعتبارها ادعاء ، فلا يتبين أن المدعى هو صاحب الحق فى الدعوى الا بصدور الحكم (١) ولكن الادعاء القائم أمام القضاء لا يعنى أن من تقدم به له الحق فيه . فهذا الادعاء قد يقبل اذا كان رافعه هو صاحب الحق فى الدعوى أو يرفض اذا لم يكن كذلك .

---

(١) ردنتى : المرافعات جزء اول بند ١١ ص ٥٢ — ٥٣ .

ولا يمكن القول بأن الدعوى هى الادعاء ما دامت الدعــوى هى وسيلة حماية الحقوق والمراكز القانونية ، ذلك أن الذى يحقق الحماية ليس مجرد الادعاء أو الحق فيه وانما الحق فى الحصول على حكم يحقق هذه الحماية بواسطة القضاء .

ولاختلاف فكرة الدعوى عن الادعاء ، فان من المقرر أن الدعــوى توجد بمجرد الاعتداء على الحق ولو قبل بدء الخصومة أما الادعاء فانه لا يوجد الا برفعه أمام القضاء (١) .

(جـ) **الدعوى والخصومة** : تتميز الدعوى عن الخصومة . فالدعوى هى الحق فى الحماية القضائية ، أما الخصومة فهى مجموعة الأعمال الاجرائية التى يقوم بها القاضى وأعوانه والخصوم وممثلوهم وأحيانا الغير ، والتى ترمى الى اصدار قضاء يحقق هذه الحماية . فهى الوسيلة الفنية التى يجرى التحقيق بواسطتها من توافر الحق فى الدعوى . ولهذا فان شروطها تختلف تماما عن الشروط اللازمة لتوافر هذا الحق .

(د) **الدعــوى والطلب القضائى** : يقصد بالطلب القضائى العمل الاجرائى الذى يعلن به المدعى رغبته فى الحصول على حماية من القضاء (٢) . وهذا العمل يتميز عن الدعوى باعتبارها الحق فى الحصول على هذه الحمــاية ونتيجة لهذا :

١ ــ لا يوجد الطلب كعمل قانونى الا بتقديمه أى ببدء الخصومة ، فى حين أن الدعوى توجد ولو لم تبدأ الخصومة .

٢ ــ لا يترتب على التنازل عن الطلب القضائى ، أو على ترك الخصومة انقضاء الدعوى ، فللمدعى أن يعود فيرفع دعواه نفسها مرة أخرى .

٣ ــ الطلب كعمل قانونى قد يكون صحيحا دون أن تكون الدعوى

---

(١) وقد حرصت مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة الصادرة فى ٥ ديسمبر ١٩٧٥ على التمييز بين الدعوى وبين الادعاء وفقا للمادة ٣٠ من هذه المجموعة الدعوى هى الحق الذى يصاحب ادعاء ما فى أن يسمعه القضاء حول ما اذا كان الادعاء على أساس أم لا ، وبالنسبة للمدعى عليه هى حقه فى مناقشة أساس هذا الادعاء .

انظر : فنسان ــ بند ١٣ ص ٣٥ . وفيه تأييــد للفصــل بين فكرتى الدعوى والادعاء ، ونقد لفكرة الدعوى التى أخذ بها المشرع الفرنسى .

(٢) وجدى راغب : رسالته ص ٤٣٢ .

مقبولة . ذلك أن الدعـوى ليست هى الطلب أمام القاضى ، وانما هى الحق فى الحماية القضائية ، وقد يقدم الطلب من شخص لا حق له فى الحماية ، فيوجد الطلب دون الدعوى .

لا شك فى وجود ارتباط وثيق بين فكرة الدعوى وفكرة الطلب ، ذلك أن الدعوى كحق فى الحماية القضائية لا يشبع الا بواسطة القضاء ، ووسيلة الحصول على الحماية القضائية هو الطلب القضائى . فالدعوى تتجسد فى الطلب ، ولكن الطلب لايجسد الدعوى الا اذا كان طلب حماية قضائية للمدعى حق الحصول عليها . فاذا لم يكن كذلك ، وجد الطلب ، دون حق فى الدعوى . فالدعوى وسيلة حماية لصاحب الحق ، أما الطلب فهو وسيلة يمكن أن تستخدم من صاحب الحق أو ممن لاحق له . ولهذا ليس صحيحا ما يقال من البعض من أن المطالبة القضائية تعتبر استعمالا للحق فى الدعوى (١) ، اذ هى ترمى الى تقرير وجود هذا الحق ، فلا يمكن أن تكون استعمالا له . وانما المطالبة تعتبر استعمالا لحق آخر هو الحق فى الالتجاء الى القضاء (٢) ، وهو — كما رأينا — حق عام مقرر لكل شخص .

٢٥ — طرفا الدعوى : ذهب البعض الى أنه بينما الحق الموضوعى يوجد لصاحب الحق فى مواجهة شخص آخر ، فان الحق فى الدعـوى يوجد للشخص فى مواجهة الدولة (٣) . فهو حق فى الحصول على الحماية القضائية يثبت للمدعى فى مواجهة الدولة . وقد كان للأستاذ كيوفنـدا الفضل فى بيان خطأ هذا التصور ، ذلك أن الحق يفترض تعـارض مصالح ، فى حين أن الحماية القضائية هى فى مصلحة كل من الفرد المعتدى عليه والدولة . فالدولة تسعى — بتنظيمها القضاء الذى يطبق القـانون فى كل حالة — الى تحقيق مصلحتها . وقد نجح كيوفندا فى بيـان أن الدعوى هى حق للمدعى فى مواجهة المدعى عليه . وساعده على هذا تمييز الفقه لطائفة الحقـوق الارادية . فالحق الشـخصى قد يقابله التزام ، ويسمى عندئذ الحق فى الأداء ، وقد لا يقابله أى التزام من جـانب الطرف الآخر وانما ينحصر فى سلطة انتاج أثر قانونى ، وينفذ باعـلان ارادة صاحب الحق مقترنا أو غير مقترن بحكم من القضاء ، ويسمى عندئذ

---

(١) كازنيلوتى : نظام جزء ثان بند ٤٢٠ ص ٧٧.
(٢) نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٢١٥ ص ٣٩٧ .
(٣) روكو : الحكم المدنى — ص ٧٥ بند ٣٥ .

بالحق الارادى • وتعتبر الدعوى حقا اراديا لصاحبها فى مواجهة المدعى عليه الذى يقع على عاتقه الأثر القانونى الناشىء عن تطبيق القانون بواسطة القضاء (١) •

٢٦ — **الدعوى والحق الموضوعى :** عندما يتمتع صاحب الحق بحقه الموضوعى فانه لا يحتاج الى حماية القضاء . وانما تنشأ الحاجة الى الحماية القضائية عندما يحدث اعتداء على الحق الموضوعى يحرم صاحبه من منافع هذا الحق • وعندئذ ينشأ الحق فى الدعوى • ولكن هل تعتبر الدعوى حقا مستقلا عن الحق ؟ طرحت هذه المسألة على بساط البحث منذ فترة طويلة واختلف فيها الفقهاء (٢) •

ويكاد يجمع الفقه الحديث الآن على أن الدعوى ليست ذات الحق الموضوعى ، كما أنها ليست عنصرا من عناصره بل هى حق مستقل عن الحق الموضوعى (٣) •

ويظهر هذا الاستقلال فيما يأتى :

١ — من حيث سببها (٤) . فسبب الحق هو العقد أو الفعل الضار أو غير ذلك من مصادر الالتزام . أما سبب الدعوى فهو اعتداء على حق أو مركز قانونى • ولهذا فانه ليس صحيحا ما قيل من أن الدعوى توجد قبل الاعتداء أو المنازعة • فالدعوى لا توجد الا بعد الاعتداء على الحق • ويجب عدم الخلط بين الحماية القانونية التى يتمتع بها الحق قبل الاعتداء عليه وبين صورة خاصة من صور الحماية القانونية وهى الحماية القضائية • وهذه تتمثل فى حق الشخص فى الحصول على حماية قانونية بواسطة القضاء • فالحماية القانونية عنصر فى الحق . وهذا

---

(١) كيوفندا : نظم جزء أول ص ١٨ — ١٩ . مناهج البحث فى قانون المرافعات — للمؤلف بند ١٩ ص ٢٨ — ٣٣ .

(٢) انظر الاراء المختلفة فى هذا الصدد ونقدها فى :
قانون القضاء المدنى للمؤلف . — جزء أول — بند ٤٨ ص ١٠١ وما بعدها .

(٣) كان للفقيه الالمانى فاخ الفضل فى ابراز هذه الفكرة وانتقلت الى ايطاليا على يد كيوفندا ؛ وممن يأخذ بها فى مصر : رمزى سيف — الوسيط بند ٧١ ص ١٠٢ — ١٠٥ . عبد المنعم البدراوى : رسالته بند ٢٦١ ص ٢٤٢ . وفى فرنسا : موريل بند ٢٥ ص ٢٦ .

(٤) عبد المنعم البدراوى : رسالته بند ٢٦٣ ص ٢٤٣ .

توجد دائما ما وجد الحق ، أما الحماية القضائية ووسيلتها فانها لا حاجة اليها الا بعد الاعتداء على الحق . ولهذا فانها لا يمكن أن تكون عنصرا فيه (١) . ويترتب على هذا أن الحق قد يوجد بغير دعوى ، ويحدث هذا دائما قبل حدوث الاعتداء على الحق . فالدائن قبل حلول أجل دينه ، والمالك قبل الاعتداء على ملكه يكون له حق موضوعى ، وليس له أية دعوى . وقد توجد الدعوى ، وتنقضى ، وعندئذ يبقى الحق بغير دعوى . ويحدث هذا اذا انقضت الدعوى بالتقادم (٢) .

٢ ـ من حيث مضمونها : فالحق الشخصى مضمونه الزام شخص بتقديم أداء معين للدائن . والحق العينى مضمونه الحصول مباشرة على منفعة من مال معين . أما الدعوى ، فان مضمونها ـ أيا كان الحق الذى تحميه ـ هو دائما الحصول على حكم من القضاء . وهذا الحكم قد يؤكد الحق أو المركز القانونى . وقد يكون منشئا له ، وقد يتضمن الزاما بأداء معين . وحتى فى الصورة التى يكون فيها حكما بالزام فانه لا يرمى الى اقتضاء التزام المدين الذى لا يتحقق الا بقيام المدين بالأداء ، وانما يرمى الى تحقيق ارادة القانون بوسيلة أخرى غير أداء المدين . فمضمون الدعوى يختلف عن مضمون الحق . ونتيجة لهذا ، فان الحق قد تحميه أكثر من دعوى . فعدم وفاء الالتزام التعاقدى يخول المتعاقد الحق فى دعوى فسخ والحق فى دعوى التنفيذ ، وهما دعويان لا دعوى واحدة . كذلك فان المالك الذى يعتدى على ملكه قد تنشأ له دعوى تعويض أو دعوى استحقاق (٣) .

(جـ) وأخيرا فان الدعوى تضيف جديدا الى الحق ، فاستعمال الدعوى يؤدى الى اضفاء تأكيد قضائى له حجيته (حجية الأمر المقضى)، لم يكن يتمتع به الحق من قبل . ومن ناحية أخرى ، فان دعوى الالزام تخول للدائن باستعمالها حقا جديدا هو الحق فى التنفيذ الجبرى ، كما تخوله أيضا حقا فى الحصول على اختصاص على عقارات مدينه . والدعوى المنشئة تؤدى الى نشأة مركز قانونى جديد لم يكن موجودا من قبل . وسنرى هذا بالتفصيل عند الكلام عن صور الحماية القضائية .

---

(١) موريل : بند ٢٥ ص ٢٦ .
(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٠٠ ص ١٠٠ ـ ١٠١ .
(٣) عبد المنعم البدراوى : رسالته بند ٢٦٥ ص ٢٤٤ .

على أن ما تقدم لا ينفى أن هناك صلة قوية بين الحق الموضـوعى والدعوى (١) • فحيث تستند الدعوى الى الحق ، يوجد بينهما هدف مشترك هو ضمان مال معين لصاحب الحق ، وان تم هـذا بوسيلتين مختلفتين • ففى الحق الشخصى ، يتم هذا الضمان بأداء من الملتزم • أما فى الدعوى فان هذا الضمان يكون عن طريق القضاء • ولهذا فانه اذا قام المدين بالوفاء فان الحق ينقضى ، وكذلك الدعوى • ومن ناحيـة أخـرى ، فان اقتضـاء الدائن حقه عن طريق القضـاء (بالحصول على حكم وتنفيذه) يؤدى الى انقضاء الحق الموضوعى (٢) •

٢٧ — **خصائص الدعوى :** الدعوى باعتبارها حقا من الحقوق لها الصفات التى يتميز بها الحق الشخصى (٣) • ولأنها وسيلة حماية حق أو مركز قانونى آخر ، فانها تتأثر بصفات هذا الحق الآخر الذى ترمى الى حمايته ، وترتبط به • ويمكن القول ان أهم خصائص الدعوى :

١ — الدعوى حق وليست واجبا : لصاحب الدعوى أن يحصل على الحماية القضائية ، أو أن يتخذ موقفا سلبيا من الاعتداء على حقه (٤) • وقد ذهب الفقيه Ihering فى كتابه « «La Lutte pour le Droit» » الى أن على المعتدى عليه واجب قانونى فى رفع الدعوى • وهذا الواجب يقع عليه دفاعا عن القانون وحماية للمجتمع • ذلك أن احترام القاعدةالقانونية فى المجتمع لن تتأتى الا اذا حرص كل شخص على حماية حقوقه (٥) •

وهذه فكرة مثالية ، ولكنها غير واقعية • فالفرد انما يتحـرك للدفاع عن مصلحته وليس دفاعا عن القانون • ومن ناحية أخرى ، فان الدعوى تتطلب اجراءات طويلة وباهظة التكاليف ، قد يفضل الفرد تجنبها بالتوصل

---

(١) كارنيلوتى : نظام جزء ثان بند ٤٢٠ ص ٧٧ .

(٢) نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٢١٥ ص ٣٩٧ . ومن هذا الرأى : وجدى راغب — رسالته ص ٦٠٩ . مبادىء ص ٢٩٦ .

(٣) Redentl (Enrico) Diritto processuale, V. I. Milno 1952 n. 17 p. 74.

(٤) Julliot de la Morandière : l'ordre public en droit privé interne, Etudes Droit privé à la mémoire de Henri Capitant p. 394.

(٥) مشار اليه فى : سوليس وبيرو : جزء اول بند ١١٣ ص ١١١ .

الى صلح مع المعتدى • ولهذا فان فكرة اهرنج بقيت فكرة نظرية لم يأخذ بها أى قانون وضعى • على أن الغاية التى ترمى اليها هذه الفكرة ، وهى ضمان تطبيق القانون ، يمكن التوصل اليها بوسيلة أخرى هى اعطاء الحق فى الدعوى لا لصاحب الحق الموضوعى وحده وانما أيضا لهيئة عامة تنوب عن المجتمع صاحب المصلحة فى تطبيق القانون • ويجد هذا الاتجاه صدى فيما تتجه اليه الدول الحديثة من تخويل النيابة العامة سلطة الدعوى أمام القضاء المدنى فى كثير من الحالات •

٢ — الدعوى حق يقبل التنازل عنه (١) : اذا تنازل صاحب الحق الموضوعى عن حقه ، ترتب على هذا زوال حقه فى الدعوى ، وذلك سواء قصد المتنازل هذا الاثر أم لا • ذلك أنه يترتب على التنازل عن الحق الموضوعى زوال أهم شرط لازم لوجود الحق فى الدعوى • على أن التنازل عن الدعوى قد يحدث بغير تنازل عن الحق الموضوعى • وفى هذه الحالة تنقضى الدعوى مع بقاء الحق • ويحدث هذا اذا كان لصاحب الحق الخيار بين دعويين • فاذا كان للمتعاقد دعوى الفسخ ودعوى التنفيذ ، وطلب تنفيذ العقد فانه يعتبر متنازلا عن دعوى الفسخ وذلك دون التنازل عن حقه الموضوعى •

٣ — الدعوى حق يمكن حوالته وانتقاله : يمكن حوالة الحق فى الدعوى ، سواء فى جانبه الايجابى أو فى جانبه السلبى • كما أنه أيضا ينتقل الى الخلف العام والى الخلف الخاص (٢) • على أنه يلاحظ أن الدعوى انما تنتقل أو تحال مع الحق الذى تحميه • ومن ناحية أخرى ، فان المصلحة التى تحميها الدعوى قد تتعلق بشخص صاحبها ، وعندئذ لا تكون قابلة للانتقال الى خلفه ، وكذلك الدعوى التى تحميها • وقد يحدث أن تكون الدعوى غير قابلة للانتقال ، ولكنها تصبح قابلة له اذا

---

(١) كوستا : المرافعات بند ١٢ ص ١٤ — ١٥ . ردنتى : المرافعات — جزء اول بند ١٧ ص ٧٥ .

(٢) أنظر بالتفصيل : ردنتى — جزء اول بند ١٩ ص ٧٩ — ٨٣ .

حدثت الخلافة بعد رفعها الى القضاء (١) • من هذه دعوى التعويض عن الضرر الأدبى •

٤ ـــ الدعوى تقبل الانقضاء بالتقادم : تخضع الدعوى لمدة محددة يجب رفعها فيها • فاذا انقضت هذه المدة ، تقادمت الدعوى ، ولم يعد لها وجود • واذا كان المشرع يتكلم أحيانا عن تقادم الحق أو تقـادم الالتزام (انظر المواد ٣٧٤ وما بعدها من المجموعة المدنية) فان الذى يتقادم فى الواقع ليس الحق أو الالتزام وانما الدعوى (٢) • وليس أدل على هذا من أن مدة التقادم لا تبدأ الا بنشأة الحق فى الدعوى • فقبل الاعتداء على الحق الموضوعى ، لا مجال للكلام عن التقادم المسقط ، اذ لا ينشأ حق فى الدعوى قبل هذا الاعتداء • وتطبيقا لهذا ، لا يبدأ سريان التقادم الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (٢/٣٨١ من المجموعة المدنية) (٣) •

(١) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٨ ص ٢٥ .

(٢) عبد المنعم البدراوى :رسالته بند ٢٦٨ ص ٢٤٦ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٨ ص ٢٥ ـــ ٢٦ . ردنتى : جزء أول بند ٢٠ ص ٨٣ ـــ ٨٦ .

الفصل الثانى

شروط الحق فى الدعوى

٢٨ ــ تحديد : فى القانون الرومانى ، كانت الدعاوى مسماة • فلا توجد دعوى خارج الدعاوى التى نص عليها القانون ونظمها وأعطاها اسماء معينة • أما فى القانون الحديث فلا يشترط لوجود الدعوى أن ينص القانون صراحة عليها (١) • واذا كان القانون ينظم بعض الدعاوى ويعطيها أسماء معينة كدعوى منع التعرض أو دعوى الاستحقاق أو دعوى البطلان فانه لم يفعل هذا الالشيوع هذه الدعاوى ، أو لاستقلالها بأحكام خاصة • ولا ينفى تنظيمها وجود دعاوى أخرى غير مسماة • فمن المقرر فى القانون الحديث أنه توجد دعوى كلما كانت هناك مصلحة قانونية تحتاج الى الحماية بواسطة القضاء ، واعتبار مصلحة ما مصلحة قانونية أى مصلحة يعترف بها القانون ويحميها لا يجب الاستدلال عليه من نص قانونى محدد بل يمكن أن يستدل عليه من التنظيم القانونى فى مجموعه (٢) • ومن ناحية أخرى ، فان مضمون الحماية التى يمنحها القضاء تقاس بمدى حاجة المصلحة المحمية لرد الاعتداء دون حاجة لنص قانونى صريح •

ويمكن القول انه يشترط لوجود الحق فى الدعوى ما يلى :

٢٩ ــ اولا : حق او مركز قانونى : ما دامت الدعوى وسيلة لحماية حق أو مركز قانونى ، فانها تفترض لوجودها سبق وجود حق أو مركز يحميه القانون • فحيث لا حق لا دعوى Pas de droit pas d'action ومن المقرر أن الحق يكون محلا للحماية القضائية بصرف النظر عن قيمته الاقتصادية (٣) •

وهذا الشرط يتطلب توافر أمرين :

---

(١) موريل : بند ٢٦ ص ٢٩ •

(٢) ساتا : المرافعات ــ بند ٧٢ ص ١٠٠ •

(٣) لهذا فان القانون عندما حدد اختصاص المحاكم لم يضع اى حد ادنى لهذا الاختصاص •

(أ) وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى . وهذه مسألة قانونية تبحث من الناحية المجردة . فاذا لم يكن هناك وجود لمثل هذه الحماية القانونية ، فلا ينشأ الحق فى الدعوى . وهكذا اذا كان شخص يطالب بالزام شخص آخر بدفع دين قمار ، فان الحق فى الدعوى لا يوجد . ذلك أن القانون لا يحمى مثل هذا الدين . كذلك اذا طالب شخص بحماية محض مصلحة اقتصادية لا يحميها القانون(١). ولايشترط أن ترد الحماية القانونية المجردة فى نص صريح فى التشريع . فيمكن أن يصل القاضى الى تقرير وجودها عن طريق القياس أو بالنظر الى المبادىء العامة فى القانون . وبعبارة عامة عن طريق قواعد التفسير المعروفة (٢) .

(ب) ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة . وهذه مسألة واقعية تبحث فى الحالة المحددة التى يطرحها المدعى على القضاء . فاذا كان (أ) يرفع دعوى دائنية على (ب) ، فانه يجب اثبات أن (ب) مدين لـ (أ) . ومن الطبيعى أن المسألة القانونية المجردة تعرض قبل المسألة الواقعية ، لأنه اذا لم توجد القاعدة القانونية المدعاة ، فلا معنى لاثبات الوقائع التى تنطبق عليها هذه القاعدة .

٣٠ ــ ثانيا : اعتداء على الحق او المركز القانونى : أى أن يحدث ما يحرم المدعى من المنافع التى يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانونى مما يوجب تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية . فالدعوى ــ باعتبارها وسيلة تحقيق الحماية القضائية ــ لاتنشأ الا حيث توجد الحاجة لهذه الحماية لرد الاعتداء . ولهذا اذا كان شخص دائنا لآخر، فليس له الحق فى الدعوى ما دام الحق غير مستحق الأداء . فاذا استحق أداؤه ولم يف به المدين فان ذلك يعتبر اعتداء على حق الدائن يؤدى الى نشأة الحق فى دعوى الدائنية .

---

(١) كيوفندا : نظم جزء اول بند ٢٨ ص ١٥٦ ــ ١٥٧ . كوستا . بند ١٨ ص ٢١ . وجدى راغب : رسالة : ص ٤٩٤ .
(٢) كيوفندا : جزء اول بند ١١ ص ٣٤ ــ ٣٧ .

فاذا لم تكن واقعة الاعتداء تحرم صاحب الحق أو المركز القانونى من أحد منافع حقه أو مركزه القانونى بحيث لا تكون به حاجة الى الحماية القضائية ، فلا ينشأ له الحق فى الدعوى . فالدعوى تدور وجودا وعدما مع الحاجة الى الحماية القضائية . ويتحدد نطاقها بهذه الحاجة .

٣١ — **ثانيا : الصفة** : أى أن تنسب الدعوى ايجابا لصاحب الحق فى الدعوى وسلبا لمن يوجد الحق فى الدعوى فى مواجهته (١) . فهى تمييز للجانب الشخصى للحق فى الدعوى (٢) .

وفى الغالب ، وبمجرد اثبات الحق أو المركز القانونى وحدوث الاعتداء تثبت الصفة فى الدعوى ، ذلك أن الدعوى التى تنشأ عن الاعتداء على حق معين تكون لصاحب هذا الحق فى مواجهة المعتدى . على أن مشكلة الصفة — سواء فى جانبها الايجابى أو فى جانبها السلبى — قد تبرز منفصلة عن مشكلة وجود الحق أو المركز القانونى محل الحماية . ويبدو هذا فى الحالتين الآتيتين (٣) :

١ — اذا كان الحق متعدد الأطراف : بأن كان هناك أكثر من طرف ايجابى أو سلبى . ففى هذه الحالة تثور مشكلة من له صفة فى الدعوى هل جميع الأطراف أم يكفى واحد منهم ؟ فى الغالب ، يقدم المشرع الحل فينص مثلا على أنه عند تضامن الدائنين ، يكون لأى منهم الحق فى الدعوى (٢٨٠ مدنى مصرى) . فاذا سكت المشرع فما الحل ؟ يجب التفرقة بين الدعوى التى ترمى الى الزام والدعاوى المقررة أو المنشئة . أما دعوى الالزام — وهى الدعوى التى ترد على حق فى أداء — فانها يمكن أن تكون من طرف واحد ، أو ضد طرف واحد ، ذلك أن دعوى الالزام بطبيعتها لا ترتب أثرا الا فى مواجهة أطراف الدعوى . ولهذا فانه يمكن من الناحية القانونية تصور حكم يلزم أحد أطراف الرابطة القانونية وحده أو يكون فى صالحه وحده . أما اذا كانت الدعوى مقررة

---

(١) تورنت : مجموعة أحكام القضاء الايطالى — جزء أول ص ٣٩٧ .

(٢) انظر : اناردى — المصلحة فى الدعوى ص ٩٧ — ٩٨ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٣٩ ص ١٥٩ — ١٦١ . كوستا : بند ١٩ ص ٢٣ — ٢٤ .

أو منشئة تتعلق برابطة قانونية واحدة ، فانها لا يجوز أن تكون الا بين جميع أطراف هذه الرابطة ، ذلك أن ما يوجد كرابطة أو مركز قانونى واحد لا يتصور أن يتأكد أو أن يتغير الا فى مواجهة جميع أطرافه (١) •

٢ — اذا كانت المصلحة القانونية محل الحماية مصلحة جماعية أو مصلحة عامة • ففى هذه الحالة ، تتوافر الصفة فى الدعوى ليس فقط لصاحب الحق أو المركز القانونى الموضوعى وانما أيضا لغيره ممن تهمه حماية هذه المصلحة • وقد تتوافر الصفة لهيئة يناط بها حماية هذه المصلحة العامة فتكون وحدها صاحبة الصفة فى الدعوى • ومن تطبيقات هذه الحالة :

٣٢ — (أ) دعاوى النقابات والجمعيات : قد ترفع النقابة أو الجمعية احدى دعاوى ثلاثة :

١ — دعاوى ترفعها باعتبارها شخصا معنويا له ذمته المالية المستقلة وحقوقه الخاصة حماية لهذه الحقوق ، وذلك سواء كانت الدعوى من النقابة أو الجمعية قبل أعضائها أو قبل الغير • ومثالها الدعوى التى ترفعها النقابة أو الجمعية باعتبارها مستأجرة لمنزل ضد مؤجر المنزل تطالبه بالوفاء بالتزاماته الناشئة عن عقد الايجار (٢) أو الدعوى التى ترفعها ضد مقاول لتنفيذ التزامه بموجب العقد المبرم بينهما (٣) • وهنا لا تثور أية مشكلة فالنقابة أو الجمعية وحدها لها صفة ، اذ هى صاحبة الحق أو المركز القانونى المعتدى عليه •

٢ — دعاوى ترفعها النقابة أو الجمعية للدفاع عن حق أو مصلحة لأحد أعضائها : مثلا دعوى تعويض ترفعها النقابة عن ضرر أصاب أحد

---

(١) أنظر فى التفرقة بين الدعوى المقررة والدعوى المنشئة ودعوى الالزام ما سيلى عند دراسة صور الحماية القضائية .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٤٣ ص ٢١٩ .

(٣) نقض مدنى ٢٩ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة النقض ٢٩ — ٣٩٣ — ١١١ . « فان الجمعية وحدها — دون الاعضاء — تكون صاحبة الحق فى مطالبة المقاول بتنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد » .

العمال . من الواضح أن الامر هنا يتعلق بمصلحة ذاتية للعامل ، ولهذا فان له وحده صفة فى الدعوى . ولاصفة للنقابة التى ينتمى اليها (١) .

ولا تكون للنقابة صفة فى هذه الدعاوى ولو خولها القانون رفعها نيابة عن العمل . فللعامل أن ينزل عن الدعوى ، واذا نزل عنها أو ترك الخصومة بعد بدئها انقضت الدعوى أو زالت الخصومة (٢) فالدعوى دعوى العامل وليس دعوى النقابة .

٣ ــ دعاوى ترفعها النقابة للدفاع عن المصلحة الجماعية intérét colléctif

والمقصود بالمصلحة الجماعية ليس فقط مجموع المصالح الفردية لأعضاء النقابة أو الجمعية وانما أيضا المصلحة المشتركة التى تعلو على المصالح الذاتية لهؤلاء الأعضاء (٣) والتى ينظر اليها كمصلحة مستقلة . وقد استقر القضاء الفرنسى ــ بعد قليل من التردد ــ على تخويل النقابة صفة فى الدعوى للدفاع عن المصلحة الجماعية (٤) .

وقد وجد هذا الاتجاه تأييدا من المشرع المصرى منذ سنة ١٩٤٢ (مادة ١٦ من قانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٤٢) ، (٥) ، وقبولا عاما من القضاء (٦) .

---

(١) موريل بند ٣٢ ص ٣٥ .
(٢) موريل : بند ٣١ ص ٣٥ .
(٣) انظر بالتفصيل : سوليس وبيرو ــ جزء اول بند ٢٤٥ ص ٢٢٠ ــ ٢٢٢ .
(٤) وذلك فى حكم مشهور للدوائر المجتمعه لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ ٣ ابريل سنة ١٩١٣ دالوز : ١٩١٤ ــ ١ ــ ٦٥ وكان القضاء الفرنسى الادارى قد سبقها فى تقرير قبول دعوى النقابة للدفاع عن المصلحة الجماعية بحكم من مجلس الدولة فى ٢٩ يونيو ١٩٠٠ (محمد عبد الخالق عمر : رسالته بند ٢٦٣ ص ١٢٤) .

وانظر : سوليس وبيرو ــ جزء أو بند ٢٤٧ ص ٢٢٣ ــ ٢٢٥ وبند ٢٤٨ ص ٢٢٥ ــ ٢٢٧ . موريل : بند ٣٣ ص ٣٥ ــ ٣٦ فنسان : بند ٢٥ ص ٤٦ ــ ٥٠ .
(٥) وتقضى بأن لنقابات العمال حق « الادعاء بالحقوق المدنية المترتبة على الجرائم التى تلحق ضررا بالمصالح المشتركة بأرباب المهنة التى تمثلها » .
(٦) نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ٨٦٧ ــ ١٣٢ .

والفقه (١) المصريين . وتطبيقا لما تقدم لنقابة المحامين الحق فى الدعوى ضد الشخص الذى يقذف فى حق مهنة المحاماة أو يحقر من شأنها . ولنقابة العمال الحق فى الدعوى ضد رب العمل للمطالبة بحق العمال لديه فى العطلة الرسمية ، أو فى الحد الأدنى للأجور الى غير ذلك من الحقوق المشتركة للعمال المنتمين للنقابة (٢) .

ويجب لنشأة الحق فى الدعوى للنقابة للدفاع عن المصلحة الجماعية ، أن يحدث اعتداء على هذه المصلحة . فاذا كان الاعتداء وقع على مصلحة ذاتية لأحد الأعضاء دون أن يمس هذا الاعتداء المصلحة الجماعية فلا تنشأ الدعوى للنقابة (٣) . على أن المصلحة الجماعية يمكن أن تكون محلا للاعتداء دون أن ينال الأذى مصلحة أى عضو فى النقابة . فالمهم هو النظر الى المصلحة الجماعية لا المصلحة الذاتية للاعضاء .

والدعوى الجماعية التى للنقابة ، تكون لها باعتبارها شخصية قانونية مستقلة عن شخصية أعضائها ، لا باعتبارها نائبة عنهم . فاذا كان الاعتداء يصيب فى الوقت نفسه مصلحة ذاتية لأحد الأعضاء ، ومصلحة جماعية ، نشأت عن هذا الاعتداء دعويان : دعوى فردية لكل عضو أضيرت مصلحته الذاتية (٤) ، ودعوى جماعية للنقابة . وتكون الدعوى الفردية مستقلة عن الدعوى الجماعية لا ختلاف شخص صاحبها واختلاف المصلحة المطلوب حمايتها بالدعوى (٥) .

---

(١) رمزى سيف : المرافعات — بند ٨٤ ص ١٢٠ — ١٢١ .

(٢) نقض مدنى ١٤ أبريل ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٦٠٢ — ١٠٦ . « للنقابة صفة فى طلب تقرير حق فريق من عمال الشركة فى صرف متوسط عمولة التوزيع خلال اجازاتهم ، لأن النزاع على هذا الوضع يعتبر نزاعا جماعيا » .

(٣) نقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٦٧ — مشار اليه .

(٤) ويلاحظ أن الدعوى تعتبر فردية ، ولا تنقلب جماعية ، ولو تعدد أصحابها ورفعوها معا فى مطالبة قضائية واحدة .

(٥) ونتيجة لهذا الاستقلال ، قضى بما يلى : (أ) أن رفع الدعوى الجماعية من النقابة ، لا يمنع من رفع الدعوى الفردية من الاعضاء ، فلا يجوز التمسك فى مواجهة الدعوى الفردية بسبق رفع الدعوى . (ب) أن رفع الدعوى الجماعية لا يقطع تقادم الدعوى الفردية . (نقض مدنى ١٢
=

وتقبل الدعوى من النقابة للدفاع عن المصلحة الجماعية ، ولو لم تكن النقابة تمثل كل المشتغلين بالمهنة المعينة (١) • على أن من المفهوم أن صفة النقابة تقتصر على الحصول على الحماية القضائية للمصلحة الجماعية التى تتعلق بالهدف من تكوينها . وفى حدود هذا الهدف وحده (٢) •

وهذا الاتجاه المسلم بالنسبة للنقابات لازال غير مستقر بالنسبة للجمعيات (٣) • فالرأى الراجح فى فرنسا ، والذى أيدته محكمة النقض الفرنسية بحكم للدوائر المجتمعة فى ١٥ يونيو سنة ١٩٢٣ (٤) ، يرى ألا صفة للجمعية فى الدعوى دفاعا عن المصالح المشتركة لأعضائها • ويستند هذا الرأى الى أن الجمعية — على خلاف النقابة — لا تمثل المهنة التى ينتمى اليها أعضاؤها ، والى أن مهمة الدفاع عن المصالح المشتركة للمجتمع موكولة الى النيابة العامة . فاعطاء حق الدعوى للجمعيات فيه مساس بسلطة النيابة • وأخيرا الى أن المشرع لم ينص صراحة على حق الجمعيات فى هذه الدعوى • وفى تقديرنا أن حرمان الجمعية من الحق فى الدعوى دفاعا عن المصلحة المشتركة يؤدى الى عدم تمكين الجمعية من تحقيق هدفها • وما دام القانون يعترف للجمعية برعاية مصلحة معينة ، فيجب أن يكون لها حق حماية هذه المصلحة بواسطة القضاء (٥) • ولهذه الاعتبارات ، يتجه المشرع فى فرنسا الى تخويل بعض الجمعيات الحق فى الدعوى للدفاع عن مصالح مشتركة معينة ، كما أن القضاء الفرنسى يتجه الى التخفيف من تلك القاعدة التى قررتها محكمة النقض الفرنسية لصالح ما يسمى بجمعيات

=
يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٢ — ١٤) ، والعكس صحيح فالدعوى الفردية لا تمنع من رفع الدعوى الجماعية ، ولا تقطع تقادمها .

(ج) لا يمكن أن يقوم تنازع فى الولاية بشأن الدعوى الفردية والدعوى الجماعية . (المحكمة العليا — ٧ نوفمبر ١٩٧٠ قضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية « تنازع اختصاص ») .

(١) محمد عبد الخالق عمر : رسالته بند ٢٦٦ ص ١٢٥ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٤٩ ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٣) موريل : بند ٣٢ ص ٣٧ .

(٤) سيرى : ١٩٢٤ — ١ — ٤٩ .

(٥) رمزى سيف : المرافعات بند ٨٥ ص ١٢١ — ١٢٢ .

الدفاع «associations de défense» ، وهى الجمعيات التى تنشأ لرعاية مصلحة معينة مشتركة بين أعضائها ويكون من أهدافها المتفق عليها الدفاع عن هذه المصلحة أمام القضاء (١) .

٣٣ — **(ب) دعاوى الحسبة :** والحسبة لغة فعل ما يحتسب عند الله .

وهى فرض من فروض الكفاية ، وتؤدى اما بدعوى الى القاضى ، أو بالشهادة أمامه فى دعوى قائمة ، أو بالشكوى الى المحتسب أو والى المظالم . وتتعلق بما هو حق الله أو فيما كان حق الله فيه غالبا ، كالدعوى باثبات الطلاق البائن أو بالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد (٢) . وتعتبر دعوى حسبة أيضا طلب الحجر على شخص أو طلب تعيين قيم (٣) ، أو طلب ثبوت نسب الصغير (٤) . ولأن دعوى الحسبة مستمدة من الشريعة الاسلامية ، فلا يعمل بها فى القانون المصرى الا فى مسائل الأحوال الشخصية التى تحكمها قواعد هذه الشريعة (٥) .

(جـ) دعاوى النيابة العامة : للنيابة العامة سلطة الدعوى لحماية مصلحة المجتمع حيث ينص القانون على تخويلها هذه الصفة (مادة ٨٧

---

(١) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٢٥٠ ص ٢٣٠ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٨٢ — ١٠٥ . (ولا يشترط لرفع دعوى الحسبة الاذن أو التفويض من ولى الامر) .

(٣) استئناف الاسكندرية (الدائرة الحسبية) ٢٨ فبراير ١٩٤٩ — المحاماة ٣٠ — ١٧٤ — ١٦٣ . نقض ٣٠ يونيو ١٩٨٣ فى الطعن ٢٠٥١ لسنة ٥١ ق .

(٤) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٧٨٦ — ٣٣١ . ولان دعوى الحسبة تتعلق بمصلحة الجماعة . ولان النيابة العامة هى المنوطة الان بطلب الحماية القضائية لهذه المصلحة ، فان رفع دعوى الحسبة يترتب عليه ما يلى :

— (أ) ان رافع دعوى الحسبة ينتهى دوره برفع الدعوى ، فلا يعتبر خصما للمدعى عليه . ولا تكون له حقوق الخصم أو واجباته ، ويكون الخصم هى النيابة العامة .

(ب) ان المحكمة تنظر دعوى الحسبة ولو نزل المدعى عن دعواه ، او هى النيابة العامة .

(جـ) ان المحكمة لا تتقيد فى حكمها بطلبات المدعى . (انظر : استئناف الاسكندرية ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٩ — مشار اليه) .

(٥) أحمد مسلم : بند ٣٠٠ ص ٣٣٥ .

مرافعات) • وسنعود الى بحث سلطة النيابة العامة فى موضعها المناسب •

٣٤ ـ الصفة فى الدعوى والصفة الاجرائية : قد يحدث أن يكون لشخص رفع الدعوى نيابة عن صاحبها ، فلا ترفع الدعوى ممن له صفة فيها وانما ممن يمثله قانونا • وقد يكون هذا التمثيل حتميا كما هو الحال بالنسبة لتمثيل مدير الشركة للشركة أمام القضاء ، أو لتمثيل الولى لمن هو فى ولايته (١) أو لتمثيل الحارس لمن وضع تحت الحراسة • وقد ذهب البعض الى القول بأن الامر هنا يتعلق بالصفة فى الدعوى(٢)• ولعل الاصطلاح الجارى فى العمل يشجع على هذا الخلط (٣) • ولكن يجب دائما عدم الخلط بين الافكار القانونية بسبب الخلط الشائع بين الألفاظ المستعملة • فمدير الشركة لا صفة له الا باعتباره ممثلا لصاحب الصفة • ذلك أن الدعوى ليست دعواه وانما هى دعوى الشركة التى يمثلها • كذلك الامر بالنسبة للولى ، اذ الدعوى ليست صفة فى الدعوى وانما صفة اجرائية (٤) •

وللتفرقة بين الأمرين أهمية بالغة ، اذ الصفة فى الدعوى شرط فى الحق فى الدعوى ، اما صحة التمثيل القانونى أو الصفة الاجرائية فهى ليست من شروط الدعوى ، وانما هى شرط لصحة العمل الاجرائى •

---

(١) انظر فى هذا : نظرية البطلان ـ للمؤلف ـ بند ٢١٢ ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٦٢ ص ٣٤٣ وما بعدهما . ابو الوفا بند ١١٤ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ . احمد مسلم بند ٢٩٩ ص ٣٣٣ .

(٣) انظر : نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ٥٠١ ـ ٧٤ (وجاء فيه أن النزاع حول بلوغ الخصم سن الرشد وقت تمثيله فى الدعوى أمام محكمة اول درجة بالولى الشرعى عنه هو مما يتعلق بانعدام صفة أحد الخصوم فى الدعوى) . وأيضا نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/١٩ ـ فى الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق

(٤) موريل : بند ٣١ ص ٣٤ . وتسميها محكمة النقض الصفة فى تمثيل الخصم فى التقاضى ' نقض مدنى فى ١٩٨٢/١٢/٥ ـ فى الطعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق .) .

٣٥ ــ المصلحة فى الدعوى : اذا توافرت الشروط السابقة : حــق أو مركز قانوني ــ اعتداء يحرم صاحبه من منافعه بحيث يحتاج لحماية القضاء ــ صفة ، نشأت له مصلحة فى الحصول على حماية قضائية لرد هذا الاعتداء ، أى نشأت له مصلحة في دعوى معينة . أما اذا تخلف أحد هذه الشروط ، فلا توجد هذه المصلحة فى الدعــوى .

وقد أراد الفقه (١) والقضاء ابراز هذه المصــلحة ، فأشــاروا الى المصلحة كشرط من شروط الدعوى وعرفوها بانها المنفعة التى تعــود على المدعى من الالتجاء الى القضــاء . ولكننا نرى أن المصلحة ليست شرطا سابقا على وجود الدعوى بل هى تكون مضــمونه (٢) . فبتوافر الشروط الثلاثة السابق بيانها تنشأ حتما المصلحة فى الدعوى ، أى الحق فى الدعوى . فشرط المصلحة لايضيف جديدا الى شروط الدعوى (٣) .

وهذا التحديد الذى نتنهى اليه يوضــح ــ من ناحيــة أخــرى ــ أن مجرد مصلحة شخص فى الحصول على حماية قضائية معينة لا تكفى لنشأة الدعوى ، فالمصلحة التى توجد الدعوى بوجودها ليست مجــرد المنفعة التى تعود على المدعى من الالتجاء الى القضاء ، وانما هى المصلحة التى توجد بتوافر الشروط السابق بيانها .

ولعدم كفاية شرط المصلحة فى الدعوى ، ولمحاولة اعطاء هذا الشرط كيانا ليس له ، يضطر الفقه الى وضع بعض الشروط التى بغيرها فى رأيه لا تكفى المصلحة . فيقول انه يشترط فى المصلحة أن تكون قانونية ، وأن تكون شخصية ، وأن تكون قائمة وحالة (٤) . وهى شروط ــ فى تقديرنا ــ تتعلق بأمور أخرى غير المصلحة فى الدعوى :

---

(١) كيوفندا : نظم ــ جزء اول بند ٤٠ ص ١٦١ : سوليس وبيرو : جــزء اول بند ٢٢٣ ص ١٩٨ . موريل : بند ٢٧ ص ٣٠ ــ ٣١ . رمزى سيف : الوسيط بند ١٠٢ ص ١٣٨ .

(٢) روكو : الحكم المدنى بند ٣٣ ص ٧٣ .

(٣) ردنتى : المرافعات جزء اول بند ١٤ ص ٦٢ ــ ٦٤ .

(٤) انظر رمزى سيف ــ المرافعات بند ٧٨ ص ١١٢ وما بعدها . موريل : ٢٨ ص ٢ وما بعدهما . فنسان : بند ١٩ ص ٣٩ وما بعدهما . سوليس وبيرو : جزء اول بند ٢٢٩ ص ٢٠٤ وما بعدهما .

(أ) أما المصلحة القانونية فيقصد بها أن تكون المصلحة مستندة الى حق أو مركز قانونى . وعلى هذا ليس لشخص أن يرفع دعوى اذا كانت مصلحته غير مشروعة ، ومثلها الدعوى التى ترفعها الخليلة للمطالبة بالتعويض عن وفاة خليلها . ومن ناحية أخرى ليس لشخص أن يرفع دعوى اذا كانت مصلحته مجرد مصلحة اقتصادية . ولهذا اذا كانت هناك شركة تجارية تنافس أحد التجار فليس لهذا الأخير أن يرفع دعوى ببطلان هذه الشركة ولو كانت هذه الشركة باطلة . وذلك لأن مصلحة هذا التاجر هى مصلحة اقتصادية وليست مصلحة قانونية (١) . وهذه النتائج يمكن — فى تقديرنا — التوصل اليها بطريقة أكثر اتساقا مع الافكار القانونية ، بالرجوع الى شرط وجود حق أو مركز قانونى موضوعى (٢) . فالتاجر ليس له حق فى الدعوى لبطلان الشركة التى تنافسه ، لأنه ليس له حق أو مركز قانونى اعتدى عليه ببطلان الشركة . كذلك الخليلة ليس لها الحق فى التعويض لأن وفاة خليلها لا يعتبر اعتداء على أى حق أو مركز قانونى لها .

حقيقة أن الحق الموضوعى مضمونه مصلحة . ويمكن وصف هذه المصلحة بأنها مصلحة قانونية . ولكن الأمر عندئذ يتعلق بالمصلحة الأصلية محل الحماية . وليس بالمصلحة فى الدعوى .

(ب) أما المصلحة الشخصية فالمقصود بها أن تكون الدعوى شخصية (٣) . أى تكون الدعوى لصاحب الحق وليست دعوى غيره . ويغنى عن ذلك شرط الصفة .

---

(١) موريل : بند ٢٩ ص ٣٢ . أبو الوفا : بند ١٠٣ ص ١٩٦ .

(٢) Fourrique (A.) : A la recherche d'une notion centrale du droit Judiciaire, thèse Aix 1951, polycop. p. 233.

وهذا ما حدا الفقه الحديث — حتى الذى يأخذ بشرط المصلحة — الى انتقاد وصف القانونية فى المصلحة . انظر : سوليس وبيرو : جزء اول بند ٢٢٨ ص ٢٠١ — ٢٠٤ . محمد عبد الخالق عمر رسالته بند ٢١٦ ص ١٠٧ ، وبند ٢٥٨ ص ١٢٢ (وهو يتكلم عن قانونية المنازعة) .

(٣) وجدى راغب : رسالة مشار اليها ص ٤٩٥ — ٤٩٦ . وانظر : اتاردى : المصلحة فى الدعوى ص ٢١٢ .

(جـ) أما القول بأنه يجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة ، وأنه استثناء يمكن رفع الدعوى فى بعض الحالات التى تكون فيها المصلحة محتملة ، فانه قول غير دقيق . فمن ناحية ، من البديهى ألا تمنح الحماية القضائية الا اذا كانت المصلحة فيها قائمة . ذلك أنه اذا حدث اعتداء تولدت عنه مصلحة فى الدعوى ، أى نشأ عنه حق فى الدعوى ، وانقضى هذا الحق فلا تمنح الحماية التى يرمى اليها .

ومن ناحية أخرى ، فان المصلحة فى الدعوى ، وهى مضمون الحق فى الدعوى ، لايمكن — اذا وجد هذا الحق — الا أن تكون موجودة ، أى أن تكون حالة . واذا كانت هناك حالات يرى الفقه والقضاء أنه تكفى فيها المصلحة « المحتملة » لنشأة الحق فى الدعوى ، كما هو الحال بالنسبة لدعوى وقف الاعمال الجديدة . فان الامر فى الواقع يتعلق بدعوى حالة أى بمصلحة حالة فى الحماية القضائية وانما تنشأ الدعوى لمواجهة اعتداء محتمل (١) . فالاستثناءات التى يذكرها الفقه والقضاء لا ترد فى الواقع على وصف الحلول فى المصلحة فى الدعوى ، وانما على وصف الحلول فى الاعتداء الذى يولد المصلحة .

٣٦ — المصلحة فى الاجراء : لكى يحصل صاحب الدعوى على الحماية القضائية لحقه ، فانه يتقدم بطلب الى المحكمة يبدأ به خصومة ضد المدعى عليه . ويخول كل من الطرفين فى هذه الخصومة سلطات معينة .

وأعمالا لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة ، من المقرر أن أية رغبة من أحد الطرفين الى المحكمة لا يجوز النظر فى قبولها اذا كان من الواضح أن قبولها لا يساهم فى تحقيق الحماية القانونية لمقدمها ، ذلك أن مثل هذا النظر يعتبر اضاعة للوقت وانحرافا بالخصومة عن هدفها . وهذا المبدأ الهام نسميه بشرط المصلحة فى الاجراء ، اذ لا مصلحة لطرف فى اجراء لا يمكن أن تساهم نتيجة فى حماية حقه أو مركزه القانونى الموضوعى (٢) .

---

(١) قرب : كيوفندا — نظم جزء اول بند ٤٠ ص ١٦٢ كذلك : محمد عبد الخالق عمر : رسالته بند ٢١٥ ص ١٠٧ ، وبند ٢٢٠ ص ١١٠ وما بعدهما .

(٢) قرب : دونوفريو — جزء اول بند ٢٧٢ ص ٢٠٥ .

وتنص على هذا الشرط المادة ٣ مرافعات بقولها أنه « لايقبل طلب أو دفع لايكون لصاحبه فيه مصلحة » (١) .

وهو مبدأ عام يسرى على كل ابداء رغبة فى الخصومة من أحد الخصوم أو من الغير ، سواء تعلق الامر برفع الدعوى ابتداء أو بتقديم طلب عارض أو دفع ، أو طلب يتعلق بالاثبات كطلب استجواب أوسماع شاهد أو حلف يمين . وسواء تعلق الامر بخصومة أول درجة أوبخصومة الطعن (٢) . ولهذا لا يقبل الطعن ، أو أى طلب أو دفع أثناء خصومةالطعن ، لا مصلحة فيه لمن قدمه .

والبحث فى المصلحة فى الاجراء يكون بحثا سابقا على البحث فى موضوع الطلب أو الدفع أو الطعن . ولهذا فان جزاء عدم توافر هذه المصلحة هو عدم جواز النظر فى الطلب أو الدفع أو الطعن أى عدم قبوله . ومن هنا يمكن القول أن « المصلحة فى الاجراء » تعتبر شرطا لقبول أى طلب أو دفع أو طعن . وهو ما أشارت اليه المادة ٣ مرافعات .

وسنقابل فى دراستنا أمثلة كثيرة لمبدأ المصلحة فى الاجراء وخاصة بالنسبة للطعن فى الحكم ، ولكننا يجب أن نلاحظ :

(أ) أن المصلحة فى الاجراء تختلف عن المصلحة فى الدعوى . فالمصلحة فى الدعوى ـ كما قدمنا ـ توجد بتوافر شروط الدعوى وهى الشروط اللازمة لمنح الحماية القضائية ، أما المصلحة فى الاجراء فهى تتعلق بصلاحية اجراء معين لتحقيق هذه الحماية أو للمساهمة فى تحقيقها . ولهذا قد توجد المصلحة فى الدعوى ولا توجد المصلحة فى الاجراء . والعكس أيضا صحيح . ولهذا فانه عند النظر فى توافر أو عدم توافر المصلحة فى الاجراء لا ينظر الى الشروط اللازمة لتوافر المصلحة فى الدعوى .

---

(١) اما شروط المصلحة التى تشير اليها المادة ٣ فلا علاقة لها بشرط المصلحة فى الاجراء . ويصرفها الفقه الى «المصلحة فى الدعوى » (أنظر ما سبق بند ٣٥) وقد أحسن المشرع الايطالى بنصه فى المادة ١٠٠ مرافعات على شرط المصلحة دون وصفها بأى وصف .

(٢) نقض عمال ٢/٢٤ / ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٠٤٩ لسنة ٥٠ ق .

(ب) أن المصلحة فى الاجراء تختلف عن سطة الخصم أو حقه فى القيام بالاجراء . فسلطة الخصم أو حقه فى القيام بالاجراء قد يوجد لمجرد توافر صفة الطرف فى الخصومة ، أو بتوافر شروط محددة كما هو الحال فى الحق فى الطعن ، ولكن طعنه — مع هذا — قد لايقبل لانعدام المصلحة فى الاجراء بالمعنى الذى حددناه (١) .

(ج) أن المصلحة فى الاجراء تتوافر بالمعنى السابق بيانه بصرف النظر عن تحقق أو عدم تحقق الغاية التى أرادها القانون من قاعدة معينة . ولهذا من المقرر — مثلا — أنه اذا رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة محليا ، فان للمدعى عليه الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولو كانت أقرب اليه من المحكمة المختصة (٢) . ولا يصح القول بعدم جواز قبول هذا الدفع لانعدام المصلحة ، ذلك أن هذا الدفع من شأنه منع صدور حكم لمصلحة المدعى وهو ما يحقق مصلحة المدعى عليه فى الدفع أى فى الاجراء .

(د) أن المصلحة فى الاجراء مفترضة ، فليس على الطرف الذى يعلن رغبة الى المحكمة اثبات مصلحته فى الاجراء ، على عكس المصلحة فى الدعوى .

٣٧ — شروط قبول الدعوى : يقصد بهذه الشروط تلك التى اذا توافرت نظرت المحكمة الدعوى . وقد قيل أنه اذا توافرت هذه الشروط ، وجد الحق فى الحصول على حكم فى موضوع الدعوى . وهو قول يمكن قبوله على أساس أنه بغير هذه الشروط لا تنظر المحكمة فى الدعوى ، وبالتالى لا تصدر حكما فى الموضوع . ولكن بعض الفقهاء يذهبون أبعد من هذا الى القول بأن الحق فى الدعوى هو هذا الحق فى

---

(١) وتطبيقا لهذا من المقرر ان الطعن لا يقبل — رغم توافر الحق فى الطعن — اذا كان خطأ الحكم فى تطبيق القانون لا يؤثر فى النتيجة التى انتهى اليها هذا الحكم اذ الطعن عندئذ « يكون غير منتج ولا جدوى منه » (نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣٣٧ — ٥٥) .

(٢) مدونة الفقه والقضاء : جزء اول بند ٢٢٧ ص ٢٨٢ .

الحصول على حكم فى الموضوع (١) . وهو قول يخلط بين الحق فى الدعوى وبين قبول نظرها . ولو كان الحق فى الدعوى هو هذا الحق ، لانتهت الدعوى بتقرير المحكمة قبول الدعوى فى حين أن المحكمة بعد أن تقرر قبول الدعوى . تدلف الى بحث موضــوعها ، وتنتهى — بعد بحث الموضــوع — بالحكم فى الدعوى بعــد التحقيق من شروطها ، أى الشروط اللازمة للحصول على الحماية القضائية للمدعى . فان توافرت شروط الدعوى . قضت للمدعى . وان لم تتوافر حكمت برفض الدعوى ، أى أكدت عدم توافر شروط الحق فى الدعوى .

فكيف يمكن أن يحدث هذا اذا كان « حق الدعوى » هو مجرد الحق فى الحصول على حكم فى الموضوع ؟

يجب اذن تمييز الحق فى الدعوى عن مجرد الحق فى الحصول على حكم فى موضوع الدعوى ، ويجب تبعا لذلك التفرقة بين شروط الحق فى الدعوى (حق أو مركز قانونى — اعتداء — الصفة) والتى اذا تخلف احداها قضى برفض الدعوى ، وبين الشروط اللازمة للحصول على حكم فى موضوع الدعوى والتى بغيرها يقضى بعدم قبول نظر الدعوى أى بعدم نظــرها .

والسؤال الآن ما هى شروط قبول الدعوى ؟ ونجيب على هذا السؤال بأنها تتوافر اذا قامت حاجة لبحث موضوع الدعوى للتأكد من توافر الحق فى الدعوى . فاذا لم تقم مثل هذه الحاجة بأن كان تخلف الحق فى الدعوى ظاهرا ، بحيث لا يحتاج الأمر الى نظر موضوع الدعوى (٢) ، فلا تنظر الدعوى . ويكون ذلك فى حالات يتعلق بعضها بشروط نشأة الحق فى الدعوى ، وبعضها بانقضائه .

(أ) بالنسبة لشروط نشأة الحق فى الدعوى :

---

(١) اتارى : المصلحة فى الدعوى — ١٩٥٥ — ص ٧٢ — ٧٣ . محمد عبد الخالق عمر — رسالته — ١٩٦٧ بند ١٨٩ ص ٩٧ . وجدى راغب : مبادىء ص ١١٥ .

(٢) بيجيه : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٧ ص ١٤٦ . ديلوجو عدم القبول — بند ٤٩ ص ٦٠ .

١ - اذا تخلف الحق الموضوعى المطلوب حمايته بسبب عدم وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك المدعى بحمايته : كما لو طالب المدعى بدين قمار أو طالب بالطلاق فى قانون لا يبيح الطلاق أو طالب بحماية محض مصلحة اقتصادية . وعلة هذا هى أن وجود قاعدة قانونية عامة مجردة يمكن التأكد منها دون بحث فى الحالة المحددة التى يطرحها المدعى على القضاء ويطلب تطبيق القاعدة العامة عليها ، أى دون بحث فى وجود الحق فى الدعوى فى الحالة المحددة .

٢ - اذا كان من الظاهر عدم وجود اعتداء على الحق الموضوعى . كما لو رفعت دعوى دائنية قبل حلول أجل الدين .

٣ - اذا كان من الظاهر عدم توافر الصفة فى الدعوى لدى المدعى أو لدى المدعى عليه . فاذا رفع شخص دعوى بطلان عقد ليس طرفا فيه. فان المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى دون بحث فيما اذا كان العقد باطلا . ذلك أنه بفرض بطلانه فان دعوى البطلان ليست حقا لرافع الدعوى . اذ هو ليس طرفا فى العقد .

(ب) بالنسبة لانقضاء الحق فى الدعوى : فاذا انقضى الحق فى الدعوى : دون انقضاء الحق الموضوعى ، كان نظر الدعوى غير مقبول . وذلك كما فى حالة تحقق الحماية التى ترمى اليها الدعوى لصدور حكم حائز لحجية الامر المقضى ، أو حالة انقضاء الدعوى بالتقادم المسقط (١) ، أو بنزول صاحبها عنها . ففى هذه الأحوال لا أهمية لبحث ما يتعلق بتوافر شروط الحق فى الدعوى : اذ بفرض توافرها ونشأة هذا الحق : فانه قد انقضى .

وهنا نلاحظ أنه فى كل الحالات سالفة الذكر حيث يكون من الظاهر تخلف الحق فى الدعوى . يمكن القول أنه لا مصلحة فى بحث موضوع الدعوى ، ذلك أن هذا البحث أيا كانت نتيجته لن ينتهى بحكم لصالح المدعى ، أى لن يحقق له الحماية القضائية . ومن هذه الناحية ، يمكن أن نقرر أنه - عندئذ - لا مصلحة للمدعى فى بحث موضوع الدعوى أى فى قبول نظرها . ونجمع هذه الحالات تحت فكرة المصلحة فى الاجراء

---

(١) وان جرى قضاء النقض على وصفه بالدفع الموضوعى (نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٢٤٨ - ٧٠) .

سالفة الذكر على أساس أن الاجراء المقصود هنا هو نظر موضوع الدعوى • وبهذا نستطيع أن نقرر أنه يشترط لقبول الدعوى ، أى لقبول النظر فى موضوعها ، توافر المصلحة • وننضم — بذلك — الى القائلين بأن الشرط الوحيد لقبول الدعوى هو شرط المصلحة (١) • قاصدين بذلك المصلحة فى بحث موضوعها ، دون ان نصف هذه المصلحة بأوصاف القانونية أو الشخصية أو المباشرة !! ودون أن نخلط بينها وبين المصلحة فى الدعوى ، أى المصلحة فى الحصول على حكم بالحماية القضائية •

٣٨ — الاهلية ليست من شروط الدعوى : يجرى بعض الفقهاء على القول بأن من شروط الدعوى توافر الأهلية (٢) • ولكن الرأى الراجح ، والذى استقر عليه الفقه الحديث أنه لا شأن للاهلية بشروط الدعوى (٣)• فالاهلية انما تتعلق بالصلاحية للقيام بالاعمال الاجرائية المكونة للخصومة والصادرة من الخصوم • وقد تتوافر الاهلية لدى المدعى ، ومع ذلك يكون لديه الحق فى الدعوى ، ولا تقبل دعواه • وعلى العكس ، قد لاتتوافر لديه الاهلية — ولا يمثله قانونا من يجب تمثيله — فتكون صحيفة دعواه باطلة ولكن لا شأن لهذا البطلان بشروط الدعوى • فيمكنه — بعد الحكم ببطلان الصحيفة — أن يعود ويرفع نفس الدعوى بصحيفة جديدة تقدم منه — بعد اكتمال أهليته — أو من ممثله القانونى •

---

(١) عبد المنعم الشرقاوى — رسالته رقم ٣٨ ص ٤٠ — ٤١ .

(٢) جابيو : المرافعات بند ٦٠ ص ٥٢ . عبد الباسط جميعى : ص ٢٧٧ .

(٣) موريل : بند ٢٧ ص ٣٠ . فنسان : بند ١٧ ص ٣٧ . تورنت مجموعة احكام القضاء الايطالى — جزء أول ص ٣٠٦ . رمزي سيف : بند ١٠١ ص ١٣٧ . محمد عبد الخالق عمر : رسالته بند ٣٣٤ ص ١٦٣ .

الفصل الثالث

عناصر الدعوى

٣٩ ـ اهمية تحديدها : لكل دعوى ثلاثة عناصر تميزها بحيث اذا اتحدت هذه العناصر بين طلبين تعلق الأمر بدعوى واحدة وان تعدد رفعها الى القضاء . أما اذا اختلفت أحد هذه العناصر بينهما ، فان الأمر يتعلق عندئذ بدعويين (١) . وتحديد عناصر الدعوى وبالتالى تحديد ما اذا كان الأمر يتعلق بدعوى واحدة أم لا ، له عدة نتائج أهمها :

١ ـ لايجوز أن يصدر حكمان فى نفس الدعوى . فالحكم الاول يحوز حجية تحول دون اعادة نظر نفس الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم .

٢ ـ لا يجوز أن تقوم خصومتان متعاصرتان بالنسبة لنفس الدعوى . ولهذا اذا بدأت خصومة بالنسبة لدعوى معينة ثم بدأت خصومة ثانية بالنسبة لنفس الدعوى ، فانها تدفع بسبق رفع الدعوى .

٣ ـ الاصل أن يتحدد نطاق الخصومة بالطلب الاصلى ، فالقاعدة أن تبقى الخصومة منذ بدئها حتى نهايتها متعلقة بنفس الدعوى .

٤ ـ يتقيد القاضى بالدعوى التى رفعت أمامه ، فليس له أن يحقق أو يفصل فى دعوى مختلفة .

وتحديد عناصر الدعوى المعينة ، والقول بأن الأمر يتعلق بدعوى واحدة أو بدعويين تعتبر مسألة موضوعية تدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع (٢) . وهذه العناصر هى :

٤٠ ـ ١ ـ اشخاص الدعوى : أى من تكون له الدعوى ومن توجد الدعوى فى مواجته . فيتعلق الامر بدعويين مختلفتين لمجرد أنهما ليستا

---

(١) كيوفندا : نظم ـ جزء اول بند ١٠٨ ص ٣١١ ـ ٣١٢ .

(٢) نقض مدنى اول فبراير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٢٢١ ـ ٢٩ .

لنفس الشخص أو ليستاضد نفس الشخص . ويكون الأمر كذلك ، ولو تعلق الطلبان بشخص طبيعي واحد اذا اختلفت صفته . فاذا قدم شخص طلبا رافعا دعوى له بصفته الشخصية ، ثم قدم طلبا مماثلا طالبا نفس الحكم ولكن بصفته وليا أو وصيا عن صاحب الدعوى ، فان الأمر يتعلق بدعويين مختلفتين . وكذلك الأمر بالنسبة للصفة السلبية للمدعى عليه (١) . وعلى العكس ، فان اختلاف الشخص الطبيعى لا يعنى دائما أننا بصدد دعوى مختلفة ، فاذا توفى خصم وحل محله ورثته ، فان الدعوى تظل هى نفسها .

فاذا حدث وتعدد الطرف الايجابى ، أو تعدد الطرف السلبى ، فان الأمر يتعلق عندئذ بدعاوى مختلفة ، ولو تعلقت الدعوى بنفس الشىء . ولهذا اذا تعـدد الدائنون المتضامنون ، فانه رغم وحدة الـدين يتعلق الأمر بدعاوى مختلفة . كذلك الأمر أيضا فى حالة وحدة الأثر القانونى ، فاذا كان القانون يخول لكل شريك الحق فى دعوى ابطال قرارات الجمعية العامة للشركة فان مفاد هذا أنه توجد دعوى مختلفة لكل شريك رغـم أنها ترمى جميعا الى نفس الأثر القانونى وهو بطلان القرار (٢) ونفس الحل أيضا يجب الأخذ به بالنسبة لدعاوى الحسبة .

٤١ ـ ٢ ـ محل الدعوى (٣) هو ما ترمى اليه الدعوى . ويتكون محل الدعوى من ثلاثة عناصر يمكن التمييز بينها :

(أ) القرار الذى يطلب من القاضى : فقد يكون تقريرا أو انشاء أو الزاما أو قرارا وقتيا . ويختلف المحل باختلاف هذا القرار ، ولهذا تعتبر دعوى تقرير صحة عقد معين مختلفة عن المطالبة بتنفيذ التزام ناشىء عن هذا العقد .

---

(١) ميكيلى : جزء أول بند ٩ ص ٢٢ .

(٢) كيوفندا : نظم ـ جزء أول بند ٨٠٩ ص ٣١٤ . ساتا : بند ٧٦ ص ١٠٧ .

(٣) انظر : موريل : بند ٣٥١ ص ٢٩٠ . كيوفندا : نظم ـ جزء أول بند ١١٠ ص ٣١٥ ـ ٣١٦ . نورمان : القاضى والنزاع بند ٨٨ ص ٨١ . ميكيلى : جزء أول بند ٩ ص ٣٢ ـ ٣٣ .

(ب) الحق أو المركز القانونى الذى تهدف الدعوى الى حمايته بهــذا القرار : فالدعوى التى ترمى الى تقرير حق الملكية غير الدعوى التى ترمى الى تقرير حق الارتفاق •

(ج) محل هذا الحق أو المركز القانونى : فدعوى تقــرير ملكيــة عقار معين غير دعوى تقرير ملكية عقار أو منقول آخــر •

والمعيار الذى يجب الأخذ به لمعرفة ما اذا كانت الدعوى واحــدة أم لا ، هو النظر لما اذا كان المحل فى أحد عناصره الثــلاث مختلفــا • فاختلاف عنصر واحد فى المحل يؤدى الى اختلاف الدعوى • ومن باب أولى اذا اختلف عنصران أو اختلف المحل بجميع عناصره • ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن : ماحكم به من أن دعوى تقرير حق الزوج فى ايقاع طلاق معين بارادته المنفردة تختلف عن دعوى تقرير حق الزوج فى أيقاع طلاق آخر تال للاول بالارادة المنفردة لاختلاف المحل (١) ، وأن دعوى صحة ونفاذ عقد بيع جزء من منزل مملوك على الشيوع تختلف فى موضوعها عن دعــوى الشفعة المتعلقة بهــذا الجزء (٢) ، وأن دعــوى المستأجر بتخفيض أجرة شقة لأن المؤجر لم يقم بتركيب المصعد بالعمارة تختلف فى موضوعها عن دعوى المستأجر ضد المؤجر بتنفيذ التزامــه بتركيب المصعد (٣) •

على أن تحديد ما اذا كان محل الدعويين مختــلفا قد يثــير بعض الصعوبات ، وهو ما يقتضى ملاحظة ما يلى :

١ ــ قد يختلف القرار المطلوب أو الصادر فى الدعوى الاولى عن القرار المطلوب فى الدعوى الثانية ومع ذلك تعتبر الدعوى واحــدة • ويكون هذا اذا كان مضمون القرار المطلوب فى الدعوى الثانية لايتصور مع القــرار المطلوب أو الصــادر فى الدعوى الأولى • وتطبيقا لهذا :

---

(١) نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ٦٢٨ ــ ١٠١ •

(٢) نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٣ ــ مجموعة النقض ١٤ ــ ١١٩ ــ ١٥٩ •

(٣) نقض مدنى اول فبراير ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ٢٢١ ــ ٢٩ •

حكم بأن الدعوى بتقرير صحة عقد لا تختلف فى محلها عن الدعوى ببطلان نفس العقد . فالمحل واحد فى الدعويين (١) ، ويتعلق الامر لهذا بدعوى واحدة لا بدعويين .

٢ — اذا رفعت الدعوى بتحديد دين معين ، كتعويض مثلا أو نفقة فمحل الدعوى هو تحديد أو تصفية الدين بصرف النظر عن الرقم الذى يطلبه المدعى . فهذا الرقم ليس سوى حد أكبر لسلطة القاضى . ولكنه ليس هو محل الدعوى . وتتيجة لهذا ، اذا طلب المدعى ألف جنيه ، فله أن يطلب أثناء الخصومة ألفين أو خمسمائة دون أن يعتبر هـذا طلبا جديدا (٢) . ومن ناحية أخرى فانه اذا صدر الحكم بمبلغ معين ، فليس للمدعى بعد ذلك أن يرفع دعوى للمطالبة بمبلغ أكبر اذ يتعلق الأمر بنفس الدعوى . وذلك ما لم تكن الدعوى الاولى قد رفعت بطلب مؤقت الى حين تصفية الدين .

٣ — اذا رفعت دعوى بطلب شيء معين ، فان هذه الدعوى تختلف فى محلها عن الدعوى بطلب قيمة هذا الشيء . وتتيجة لهذا اذا طالب شخص بسيارة فليس للقاضى أن يحكم — من تلقاء نفسه — بقيمة هذه السيارة . ولكن لأن الحكم بقيمة الشيء لايتصور بغير ثبوت ملكية هذا الشيء . فان نفى الملكية نتيجة لرفض الدعوى الاولى ، يؤدى الى عدم قبول الدعوى الثانية (٣) .

٤٢ — ٣ — سبب الدعوى causa petendi ترمى فكـرة السبب — بالتعاون مع المحل — الى تحديد معالم « الشيء » المطلوب القضاء به من الناحية الموضوعية . فهذا الشيء لا يتحـدد فقط بتحديد ماذا يطلب المدعى من القضاء (أى المحل) ، وانما أيضا بتحديد سبب هـذه الحماية القضائية (٤) . فاذا اختلف السبب كنا بصدد دعويين لادعوى واحدة .

---

(١) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٣ — مجموعـة النقض ٢٤ — ٧٧٢ — ١٣٧ .

(٢) كوستا : بند ٣٣٩ ص ٣٩١ .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ٣١٠ ص ٣١٦ .

(٤) Gilli (Jean-Paul) : La cause juridique de la demande en justice, essai de définition, Paris 1962 p. 23.

وقد تعددت الآراء حول تحديد السبب [1] ولكنها تدور حول فكرتين :

(أ) فالبعض يرى أن السبب هو القاعدة القانونية التى تستند اليها الدعوى [2] . ولهذا فان تغيير القاعدة القانونية التى يستند اليها المدعى يؤدى الى دعوى جديدة مختلفة عن الأولى فى سببها . فالسبب يتحدد من ناحية مجردة بصرف النظر عن الوقائع .

(ب) ولكن الرأى الراجح ، هو أنه يجب النظر لا الى القاعدة القانونية المجردة وانما الى مجموعة الوقائع القانونية التى تؤدى الى منح الحماية القضائية ، أى التى تؤدى الى تطبيق القاعدة القانونية بواسطة القاضى . فالسبب الذى يحدد معالم دعوى معينة ليس هو النص القانوني المجرد ، ولكن العناصر أو الظروف الواقعية أساس الدعوى [3] . ونتيجة لهذا فانه اذا استند المدعى الى وقائع معينة كسبب لدعواه ، فان الدعوى تظل واحدة — لوحدة السبب — ولو غير المدعى تكييفه لهذه لوقائع [4] أو غير القاعدة القانونية التى يستند اليها فى دعواه . فاذا رفع شخص دعوى تعويض استنادا الى وقائع معينة منسوبة الى المدعى عليه تعتبر فعلا ضارا ، فان تغيير تكييف هذه الوقائع لتحديد أنه تنطبق عليها قواعد المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية أيا كان نوعها لا يعنى أن الامر يتعلق بأسباب مختلفة وبالتالى بدعاوى مختلفة ، وانما يتعلق بتكييف مختلف يؤدى الى اختلاف القواعد

---

(١) انظر عرضا وافيا للنظريات المختلفة فى : جيلى — السبب — مشار اليه ص ٥٣ وما بعدها .

(٢) من هذا الرأى : ديباش — مشار اليه — بند ٤٠ ص ٣٤ .

(٣) كيوفندا : نظم : جزء اول بند ١١١ ص ٣١٦ . كوستا : بند ٣٣٩ ص ٣٩٢ . ليبمان : جزء أول بند ٢٧ ص ٧٢ .

(٤) نورمان : القاضى والنزاع بند ٤٣٤ ص ٤٦٢ .

القانونية واجبة التطبيق مع بقاء السبب واحدا (١) . وعلى العكس . اذا اختلفت الوقائع التى يستند اليها المدعى فى دعـواه عن الوقائع فى الدعوى الاولى ، فان السبب يكون مختلفا . هذا ولو تشابهت هذه الوقائع أو تماثلت (٢) .

والمدعى هو الذى يحدد الوقائع القانونية أساس دعواه . ولكن يلاحظ أنه ليس كل واقعة يشير اليها المدعى تعتبر سببا . وانما فقط الوقائع القانونية التى تكون منتجة فى تكوين الواقعة التى تنطبق عليها القاعدة القانونية فى الدعوى المرفوعة (٣) . فالوقائع التى يعرض لهـا المدعى ولا تكون متعلقة بهذا التطبيق أو منتجة بالنسبة له لا تدخل فى تكوين السبب . ومن ناحية أخرى ، يجب التفرقة بين سبب الدعوى وبين أدلتها Moyens . فاذا رفع شخص دعوى الزام استنادا الى عقد بينه وبين المدعى عليه وقدم لاثبات العقد ورقة عرفية . فان استناده بعد هذا الى الشهادة أو الاقرار لا يعتبر تغييرا للسبب وانما للأدلة . فتبقى الدعوى واحدة (٤) .

٤٣ — تزاحم الدعاوى : قد يحـدث أن توجد أكثر من دعـوى . ولكنها ترمى جميعا الى تحقيق أثر قانونى واحد . وهذه الظاهرة تعرف بظاهرة تزاحم الدعاوى (٥) . وهذا التزاحم قد يكون :

(أ) تزاحما موضوعيا لاختلاف السبب : ويحدث عندما يوجد اتحاد فى أشخاص الدعاوى وفى محلها ولكن الاسباب مختلفة . ومثاله اذا أودع المالك ما له لدى آخـر ، فان له أن يسترده من المودع لديه بدعوى

---

(١) نقض مدنى ٢٧ يناير ١٩٦٦ — مجموعـة النقض ١٧ — ٦٨٢ — ٢٤ .

(٢) ولهذا للزوجة رفع دعوى جـديدة للتطليق للضرر اسـتنادا الى وقائع استجدت بعد صدور الحكم الاول برفض التطليق . (نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٧٩ — ٦٣) .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ١١١ ص ٣١٦ .

(٤) السنهورى : الوسيط جزء ثان بند ٣٧٧ ص ٧٠٧ . موريـل . بند ٣٤٨ ص ٢٧٨ .

(٥) ليبمان : جزء اول بند ٢٩ ص ٧٨ . وقارن : كيوفندا — نظـم جـزء اول بند ١١٣ ص ٣٢٤ .

الرد باعتباره مودعا وسببها عقد الوديعة أو بدعوى الرد باعتباره مالكا .

(ب) تزاحما شخصيا : ويحدث عندما يوجد اتحاد بين دعويين فى كل من المحل والسبب مع اختلاف فى الاشخاص . ومثالها دعوى الشريك لابطال قرار للجمعية العامة للشركة ، ودعوى شريك آخر لابطال نفس القرار لنفس السبب .

وسواء كان التزاحم موضوعيا أو شخصيا فانه يتميز بأنه فى حالة كسب احدى الدعاوى فان الدعاوى الاخرى تنقضى ، لان واقعة الاعتداء لايعد لها وجود . ولكن على العكس اذا خسر المدعى الدعوى ، فانه يمكن رفع الدعوى الاخرى .

الفصل الرابع

تقسيمات الدعاوى

المبحث الاول

تقسيم الدعاوى بالنظر الى الحق محل الحماية

٤٤ ـ **اولا : الدعاوى الشخصية والدعاوى العينية** : بالنظر الى تقسيم الحقوق الى شخصية وعينية ، تنقسم الدعاوى التى تحميها الى دعاوى شخصية ومثالها دعوى الدين ، ودعاوى عينية ومثالها دعوى الملكية (١) . وتبدو أهمية التمييز بين النوعين فى أن الدعوى الشخصية توجد فى مواجهة شخص معين معروف سلفاقبل نشأتها وهو الطرف السلبى فى رابطة الحق الشخصى . أما الدعوى العينية فهى توجد فى مواجهة كل من يعتدى على الحق العينى ،وهو غير معروف سلفا اذ الحق العينى يوجد لصاحبه فى مواجهة الكافة (٢) . يضاف الى هذا أن الدعوى الشخصية توجد فقط لصاحب الحق الشخصى وخلفائه . ولهذا فانها

(١) سوليس وبيرو : جزء اول بند ١٢٢ مكرر ص ١١٩ .

(٢) فنسان : بند ٤١ ص ٦٨ .

٤٥ ــ الدعاوى المختلطة : actions mixtes يقصد الفقه بالدعوى المختلطة (١) الدعوى التى تستند فى نفس الوقت الى حق شخصى والى حق عينى ناشئين عن رابطة قانونية واحدة (٢) • ويرى الفقه الآن أن الدعاوى المختلطة تشمل نوعين من الدعاوى (٣) :

١ ــ الدعوى التى يرفعها شخص لتنفيذ عقد أو تصرف قانونى ناقل أو منشىء للملكية أو لحق عينى آخر • ومثالها الدعوى التى يرفعها مشترى عقار بعقد مسجل على البائع لالزامه بالتسليم • فهنا الدعوى تستند الى حق عينى هو ملكية المدعى للعقار والى الحق الشخصى الناشىء عن العقد والذى بمقتضاه يلتزم البائع التزاما شخصيا بتسليمه العقار •

٢ ــ الدعوى التى ترمى الى ابطال أو فسخ تصرف قانونى ناقل أو منشىء لحق عقارى • ومثالها دعوى الفسخ التى يرفعها بائع العقار ويطلب فيها فسخ العقد واسترداد العقار المبيع من المشترى • فهذه الدعوى دعوى مختلطة لأن البائع له دعوى فسخ وهى دعوى شخصية ، وهو أيضا يستعمل دعوى الملكية التى بمقتضاها يسترد العقار من المشترى (٤) •

والواقع أن اصطلاح دعوى مختلطة اصطلاح منتقد (٥) • فاذا كانت الحقوق تنقسم الى حقوق شخصية وحقوق عينية وليس هناك ما يمكن تسميته بالحقوق المختلطة ، فكذلك الدعاوى التى تحميها • وانما قد يلتجىء الشخص الى القضاء رافعا فى نفس الوقت دعويين : دعوى عينية ودعوى شخصية ، فنكون بصدد دعويين مرفوعتين معا لا بصدد دعوى واحدة مختلطة (٦) • وهاتان الدعويان قد ترميان الى نفس الهدف وقد ترميان الى هدفين متتابعين بحيث تتوقف احداهما على نجاح الأخرى •

---

(١) انظــر : Dury (G.) : Les jugements dites mixtes, rev. trim. civ. 1960, p. 5.

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول بند ١٣٣ ص ١٢٦ •

(٣) موريل : بند ٥٥ ص ٦١ . فنسان : بند ٤٢ ص ٤٨ ــ ٤٩ . رمزى سيف : بند ١٠٦ ص ١٤١ •

(٤) جابيو : بند ٩٠ ص ٨٥ ــ ٨٦ •

(٥) انظر : سوليس وبيرو : جزء اول بند ١٣٤ ــ ص ١٢٨ ــ ١٢٩ . موريل : بند ٥٥ ص ٦١ . فنسان : بند ٤٢ ص ٧٠ •

(٦) انظر : جابيو : بند ٨٧ ص ٨٤ •

مثال الصورة الاولى الطلب الذى يتقدم به مشترى العقار بعقد مسجل ضد البائع لالزامه بتسليم العقار . فهذا الطلب يحتوى على دعـويين : دعوى عينية للمشترى باعتباره مالكا . ودعوى شخصية باعتباره متعاقدا مع البائع . وترمى الدعويان الى هدف واحد هو الحصول على حكـم بالزام البائع بتسليم العقار . ومثال الصورة الثانية الطلب الذى يتقدم به بائع العقار لفسخ العقد واسترداد العقار من المشترى . فهذا الطلب يحتوى على دعويين : دعوى شخصية هى دعوى الفسخ ، ودعوى عينيـة هى دعوى استرداد العقار . والدعوى الثانية تفترض قبول الدعـوى الأولى أى فسخ العقد ، اذ عندئذ تعود الملكية الى البائع ويستطيع رفع الدعوى الثانية باعتباره مالكا .

٤٦ ـ ثانيا : الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية : تقـوم هـذه التفرقة على اساس النظر الى محل الحـق الموضـوعى الذى تحميـه الدعوى . فاذا كان محل الحق عقارا سميت الدعوى بالدعوى العقارية ، واذا كان منقولا كانت الدعوى منقولة (١) . فالدعوى التى يرفعها مالك العقار على من اغتصبه منه دعوى عقارية ، أما الدعوى التى يرفعها مالك المنقول فانها تعتبر دعوى منقولة . ولما كان الحق الذى يرد على شىء سواء كان عقارا أو منقولا هو الحق العينى دون الحق الشخصى الذى هو رابطة بين شخصين وليس حقا على شىء . فان هذا التقسيم هو تقسيم للدعاوى العينية دون الدعاوى الشخصية .

ويرجع فى تحديد طبيعة المال محل الحق ، وبالتالى تقسيم الحقوق الى منقولة وعقارية الى قواعد القانون المدنى . وهكذا تعتبر دعـوى عقارية الدعوى التى تحمى حقا عقاريا سواء تعلق بعقار بطبيعته أو بعقار بالتخصيص . وتعتبر دعوى منقولة الدعوى التى تحمى حقا منقولا ، سواء كان منقولا ماديا أو منقولا معنويا .

٤٧ ـ تداخل التقسيمين السابقين : بالنظر الى التقسيمين السابقين تقسم الدعاوى التى تندرج تحتها على النحو التالى :

---

(١) موريل : بند ٥٦ ص ٦٢ . جابيو : بند ٩٤ ص ٨٨ . فنسان : بند ٤٣ ص ٧٠ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٤٤ ص ١٣٥ .

(أ) الدعاوى العينية تنقسم الى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة • وبهذا يكون لدينا :

١ ـ الدعاوى العينية العقارية : وهى التى ترمى الى حماية حق عينى على عقار • ومثالها دعوى استحقاق العقار •

٢ ـ الدعاوى العينية المنقولة : وهى ترمى الى حماية حق عينى على منقول • ومثالها دعوى استرداد المنقول •

(ب) يذهب الفقه أيضا الى اجراء تقسيم مماثل بالنسبة للدعاوى الشخصية • فيقسمها الى دعاوى شخصية عقارية . ودعاوى شخصية منقولة (١) • ومثال الدعوى الشخصية العقارية دعوى صحة ونفاذ عقد بيع عقار ، وهى الدعوى التى يرفعها مشترى العقار بعقد غير مسجل على البائع لالزامه بتسجيل العقد (٢) • ويرى البعض أنه يعتبر من قبيل الدعاوى الشخصية العقارية أيضا الدعوى التى يرفعها بائع العقار على المشترى يطلب فيها فسخ العقار واسترداده من المشترى (٣) • ومثال الدعوى الشخصية المنقولة الدعوى التى ترمى الى تنفيذ التزام باعطاء منقولات معينة بالنوع أو الدعوى التى ترمى الى تنفيذ التزام بعمل أو امتناع عن عمل • والواقع فى رأينا أن من غير الصواب اجراء مثل هذا التقسيم • فالدعوى الشخصية تستند الى حق شخصى . والحق الشخصى رابطة بين شخصين ، وليست سلطة على شىء ، ولهذا فانه لايمكن اعتبار محله آنا عقارا وآنا منقولا لأن محله لا يمكن أن يكون شيئا سواء كان منقولا أو عقارا • والقول بامكان وجود دعوى شخصية عقارية يعنى تصور امكان وجود حق شخصى على عقار ! • ولهذا فان الدعوى الشخصية هى دائما دعوى شخصية لا توصف بأنها عقارية أو بأنها منقولة •

---

(١) سوليس وبيرو : جزء اول بند ١٤٩ ص ١٣٨ . جابيو : بند ٩٦ ص ٩٠ .

(٢) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٣٥٥ ـ ٥٦ .

(٣) رمزى سيف : المرافعات بند ١١٠ ص ١٤٣ .

على أن ما تقدم لا ينفى أن المشرع الوضعى قد انساق وراء الفقه . فاعترف بالدعوى « الشخصية العقارية » وميزها بقاعدة اختصاص خاصة (مادة ٥٠ مرافعات) •

المبحث الثـانى

دعاوى الحق ودعاوى الحيازة

٤٨ ـ تمهيـد : تنقسم الدعاوى العينية العقارية الى قسمين متميزين • دعاوى الحق actions pétitoires ودعاوى الحيازة **actions possessoires** ويقصد بدعاوى الحق هنا ، تلك الدعاوى التى تحمى حقا عينيا أصليا على عقار ، سواء كان حق الملكية أو غيره كحق الانتفاع أو الارتفاق • أما دعاوى الحيازة ، فهى الدعاوى التى تحمى حيازة تلك الحقوق • فهى لا تحمى حقا وانما تحمى مركزا قانونيا هو الحيازة أو وضع اليد (١) •

وليس هناك ما نضيفه هنا بالنسبة لدراسة دعاوى الحق ، اذ هذه تخضع للقواعد العامة للدعاوى • أما دعاوى الحيازة فلانها تحمى مجرد مركز قانونى ولخضوعها لبعض القواعد الخاصة فانها تستدعى دراسة خاصـــة •

٤٩ ـ علة حماية الحيازة : تحرص التشريعات الحديثة بصــفة عامة على تنظيم دعاوى لحماية الحيازة سواء كان الحائز هو صاحب الحق أم لا • ويرجع هذا الحرص الى اعتبارين أساسيين (٢) :

١ ـ الحائز هو فى الغالب صاحب الحق . ولهــذا بتنظيم دعاوى الحيازة يحمى القانون فى الغالب صاحب الحق • والتجاء صاحب الحق الى دعوى الحيازة يتيح له حماية سريعة لحقه ، اذ أن دعوى الحق تقتضى منه اثبات ملكيته للعقار أو أنه صاحب حق عليه ؛ وفى هذا عنت كبير عليــه • أما فى دعوى الحيازة فانه لا يطلب منه سوى اثبات عناصر بسيطة واضحة اشترطها القانون لنشــأة هــذه الدعوى • وبكسب المدعى لدعواه فى

---

(١) موريل : بند ٥٩ ص ٦٥ . وانظر فى الفقه الايطالى بصفة خاصة :
Montel (Alberto) : Il possesso in trattato di diritto civile italiano Torino. 1962. Zuccala (Michele) : la difesa del possesso Piacenza 1956.

(٢) جابيو : بند ١٠٠ ص ٩٣ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٥٤ ص ١٤١ .

الحيازة يصبح فى موقف المدافع ــ لا المدعى ــ بالنسبة للحق . ويقع عندئذ على من ينازعه الملكية عبء الاثبات الصعب •

٢ ــ حتى فى الحالات التى لا يكون فيها الحائز هو صاحب الحق . فان دعوى الحيازة تقتضيها ضرورة المحافظة على الوضع الظاهر حماية للأمن والنظام • فالشخص الذى يظهر على الشىء ــ بحيازته له ــ بمظهر المالك . يستحق الحماية حتى يثبت أنه غير مالك • والقول بغير هذا يعنى السماح لمن يدعى الملكية بالاعتداء على الحائز بدعوى أن الأخير غير مالك . وهو ما يؤدى الى اقتضاء الشخص حقه بنفسه . مما يعرض الأمن والنظام العام للخطر • ويستطيع صاحب الحق دائما الحصول على حقه برفعه ــ على الحائز ــ دعوى الحق (١) •

٥٠ ــ شروط دعاوى الحيازة : ينظم القانون المصرى دعاوى الحيازة فى المواد ٩٥٨ وما بعدها من المجموعة المدنية ، وقد أورد بها نصوصا متميزة لأنواع ثلاثة من هذه الدعاوى وهى : دعوى منع التعرض la complainte ودعوى استرداد الحيازة la réintegrande ودعوى وقف العمل الجديد la denonciation وهذه الدعاوى تعتبر دعاوى متميزة لأن كلا منها يناسب نوعا متميزا من الاعتداء الذى يقع على الحيازة ينشىء الحاجة لحماية قضائية مختلفة لمواجهة هذا الاعتداء • على أن التشريع المصرى لا يميز بين الدعاوى الثلاثة فقط على أساس أن كلا منها تنشأ عن نوع متميز من الاعتداء على الحيازة ؛ بل انه يجعل بعض هذه الدعاوى تحمى « حيازة » تختلف عن « الحيازة » التى تحميها الدعاوى الأخرى •

ومع ملاحظة هذه الفروق بين الدعاوى الثلاثة ، فنحن نؤثر دراسة شروطها مجتمعة وذلك حتى تتمكن من ايضاح أوجه الشبه بينهما وهى كثيرة ، مبرزين فى نفس الوقت ما يوجد بينها من تباين •

وشروط دعاوى الحيازة هى :

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٥٥ ص ١٤٢ •

٥١ ـ أولا : حيازة لحق عينى على عقار : وهذا هو المركز القانونى الذى تحميه دعاوى الحيازة • ومن المعروف أن هناك نوعين من الحيازة حيازة قانونية possession وحيازة مادية détention (١) •

أما الحيازة القانونية فهي تلك الحيازة التى تنطوى على عنصرين :

١ ــ عنصر مادى animus corpus وهو القيام بالأعمال المادية التى يقوم بها عادة صاحب الحق • كزراعة الأرض الزراعية أو تسوير الأرض الفضاء أو سكنى المنزل • فاذا كان العمل المادى ليس من الأعمال التى يقوم بها عادة صاحب الحق . وانما من تلك التى يمكن أن يقوم بها صاحب الحق أو أى شخص غيره . فانه لا يكفى لتكوين العنصر المادى ، ولهذا فان مجرد مرور الشخص فى أرض جاره لا يجعله حائزا لحق ارتفاق بالمرور ، اذ هذا المرور يمكن أن يقوم به أى شخص على سبيل التسامح الذى يجرى به العرف من قبل صاحب الأرض (٢) • ولا يجب أن تتم الأعمال المادية بواسطة الحائز بنفسه . فيمكن أن تتم منه أو من غيره ممن يأتمر بأمره أو يعمل لحسابه كأحد عماله أو أولاده • وذلك كما هو الحال تماما بالنسبة للأعمال المادية التى يقوم بها صاحب الحق • كما أن العنصر المادى يمكن أن يتوافر بتوافره فيمن يستمد حقا من الحائز • فالمالك يبقى حائزا للعقار ولو كان قد أجره لآخر (٣) •

٢ ــ عنصر معنوى animus domini وهو أن يكون الشخص فى قيامه بالأعمال المادية يقوم بها باعتباره صاحب الحق على العقار محل الحيازة (٤) • فاذا كان يقوم بهذه الأعمال باعتبار آخر فلا يتوافر هذا العنصر ، ولا تتوافر بالتالى الحيازة القانونية •

---

(١) رمزى سيف : بند ١١٩ ص ١٤٩ ــ ١٥١ ــ جابيو : بند ١٠٣ ص ٩٥ . وأنظر بالتفصيل : مونتيل ــ الحيازة بند ٢١ ص ٣١ وما بعدها .

(٢) طنطا الكلية ١٧ سبتمبر ١٩٣٠ ــ المحاماة ١١ ــ ٥٣٨ ــ ٢٧٠ .

(٣) زوكولا : مشار اليه ــ بند ٢٧ ص ٨٠ على أنه اذا كان شخص آخر غير المستاجر هو الذى يضع يده . فان المؤجر لا تتوافر لديه الحيازة بواسطة مثل هذا الشخص (نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٥٧ ــ مجموعة النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(٤) زوكولا : مشار اليه ص ١٣ .

أما الحيازة المادية فهى التى يتوافر فيها العنصر المادى دون العنصر المعنــوى •

ويجب فى القانون المصرى التفرقة بالنسبة لحماية نوعى الحيازة بين دعاوى الحيازة المختلفة • فكل من دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة القانونية دون الحيازة المادية . أما دعوى استرداد الحيازة فانها تحمى الحيازة سواء كانت قانونية أو مادية (١) (٢) • ولايستثنى المشرع المصرى من هذه القاعدة الا المســتأجر ، فيســتطيع المستأجر — رغم أن حيازته مادية — أن يرفع جميع دعاوى الحيــازة (مادة ٥٧٥ مدنى مصرى) • وعلة هذا الاستثناء هو ما للمستأجر من وضع خاص بالنسبة لعلاقته بالعين المؤجرة مما يقتضى افادته من جميع دعاوى الحيازة حماية له فى انتفاعه بهذه العين •

ويقع عبء اثبات توافر حيازة قانونية على عاتق المدعى فى دعــوى الحيازة (٣) على أن القــانون — بسبب صعوبة اثبات العنصر المعنــوى — خفف على الحائز عبء الاثبات ، فأقام قرينة قانونية مؤداها أن الحائز المادى يعتبر حائزا قانونيا حتى يثبت العكس (١ ٩٦٣ مدنى) • وهكذا يكفى الحائز اثبات العنصر المادى فى حيازته . وهو ما يمكن اقامة الدليل عليه بكافة طرق الاثبات • وعندئذ يعتبر الحائز المادى حائزا قانونيا حتى يقيم المدعى عليه الدليل على أنه لا تتوافر لدى المدعى العنصر المعنوى •

٥٢ — أوصاف الحيازة : يجب ، لكى تحمى الحيازة — بالتحــديد السابق — بدعاوى الحيازة ، أن تتوافر فيها أوصــاف معينــة (١ ٩٤٩ مدنى) هى :

---

(١) رمزى سيف : بند ١٢٠ ص ١٥١ — ١٥٢ . أحمد ابو الوفا : بنــد ١٣١ ص ٢١٧ احمد مســلم : بنــد ٣١٨ ص ٣٥٨ .

(٢) فى القانون الفرنسى تكفى الحيازة المادية بالنسبة لجميع دعاوى الحيازة . (المادتان ٢٢٨٢ و٢٢٨٣ مدنى فرنسى مضافتان بالقانون ٧٥ — ٥٩٦ فى ٩ يوليو ١٩٧٥) .

(٣) ولا يكفيه لذلك اثبات ملكيته للعقــار (استئناف مختلط ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ . المحاماة ١٤ — ٢ — ٢٢٨ — ١١٦) .

(أ) **أن تكون مستمرة continue ، أى أن تستمر الأعمال المكونة** للحيازة على النحو الذى يتفق مع طبيعة العقار محل الحيازة . ولا يجب على الحائز أن يستعمل العقار دون انقطاع بل يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك فى العادة وعلى فترات متقاربة منتظمة (١) . فاذا كان مدعى الحيازة يستعمله من وقت لآخر على عكس ما يقوم به عادة صاحب الحق ، فانه لا يعتبر حائزا .

ووفقا للمادة ٩٦١ مدنى مصرى يجب لرفع دعاوى الحيازة أن تستمر الحيازة مدة سنة . وعلة هذا الشرط هو أن الحيازة يجب ألا تحمى الا اذا كانت قد استقرت لفترة معقولة (٢) . وتحسب مدة السنة من وقت بدء الأعمال التى تكون الحيازة القانونية حيث تشترط هذه الحيازة ، فاذا كان شخص يحوز العقار باعتباره مرتهنا ثم اشتراه فأصبح يحوزه باعتباره مالكا : فان مدة السنة تبدأ من الوقت الذى بدأت فيه حيازته بهذا الوصف الأخير . ويستطيع الحائز أن يضم الى مدة حيازته مدة حيازة سلفه (٩٥٥ مدنى) (٣) ، فاذا ورث شخص عقارا فانه يستطيع أن يرفع دعوى منع التعرض على أساس شرط السنة بضمه مدة حيازته الى مدة حيازة مورثه . ومن ناحية أخرى ، يستطيع الحائز أن يحسب فى مدة السنة الفترة التى يحوز فيها بواسطة غيره . فاذا كان شخص يحوز عقارا وأجره الى آخر لبضعة شهور فانه يستطيع أن يرفع الدعوى على أساس ضم المدة التى يحوز المستأجر فيها العقار . ومدة السنة هذه تقبل الانقطاع . فاذا انقطعت ، فلا تحسب السنة الا من زوال سبب الانقطاع . ولا تدخل فى الحساب الفترة التى سبقت قيام هذا السبب . ومن أسباب الانقطاع تخلى الحائز عن حيازته .

ويقع على مدعى الحيازة عبء اثبات استمرار حيازته مدة العام السابق على الاعتداء على الحيازة ، ويكفيه فى سبيل هذا أن يثبت بدء

---

(١) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٧٥ — ٣٢ . وقد قضى بأن كف الحائز عن استعمال حقه بعض الوقت لسبب قهرى لا يخل بصفة الاستمرار .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٨٨ ص ١٦٨ .

(٣) موريل : بند ٦٤ ص ٦٩ .

حيازته للحق وأنه كان حائزا عند وقوع الاعتداء . فتفترض حيازته فى الفترة بين الواقعتين (١) .

ويجب توافر شرط السنة بالنسبة لجميع دعاوى الحيازة بما فيها دعوى استرداد الحيازة . على أنه بالنسبة لهذه الدعوى الأخيرة لا حاجة لهذا الشرط فى حالتين (مادة ٩٥٩) :

١ ـ حالة فقد الحيازة بالقوة ، أى بالاكراه . ويستوى أن تستعمل القوة بالفعل أو يهدد باستعمالها (٢) .

٢ ـ حالة فقد الحيازة بغير القوة . ولكن تبين أن حيازة الحائز الذى لم يحز مدة سنة أحق بالتفضيل من حيازة المعتدى . وهى تكون أحق بالتفضيل اذا كانت تستند دون الأخرى الى سند قانونى أو اذا كانت هى الأسبق فى التاريخ . وعلة هذا الاتجاه بالنسبة لدعوى الاسترداد أن هذه الدعوى ترمى الى حماية الأمن والنظام اللذين يتأذيان بغصب الحيازة أيا كانت مدتها . خاصة اذا كان هذا الغصب قد تم بالقوة .

(ب) أن تكون الحيازة هادئة paisible : ومعنى هذا أن تكون الحيازة غير مشوبة بعنف أو باكراه أو باضطراب . ولهذا اذا كانت الحيازة محل ادعاءات متكررة ، لم تستقر لصاحبها ، فانها لا تستحق الحماية (٣) . وكذلك الأمر اذا كانت الحيازة قد اكتسبت بالقوة ، وظل الحائز مستعملا القوة للاحتفاظ بها . فاذا كانت الحيازة قد اكتسبت بالقوة ، ولكن احتفظ بها الحائز بعد ذلك بهدوء ، فانه يمكن قبول دعوى الحيازة .

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩١ ص ١٧٠ .

(٢) أحمد مسلم : أصول المرافعات بند ٣٣٣ ص ٣٧٤ .

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩٠ ص ١٦٩ . أما مجرد ادعاء واحد فى صورة توجيه انذار الى الحائز من منازعه فانه لا ينفى صفة الهدوء عن الحيازة (نقض مدنى ١٧ يونيو ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٧٣٧ ـ ١٢٢) .

(جـ) أن تكون الحيازة ظاهرة publique : بأن تكون الأعمال المكونة لها علنية وليست خافية . وعلة هذا الشرط هى أن يستطيع من يحتج عليه بالحيازة أن يعلم بها فينازعها ان أراد . ولهذا فانه لا يجب أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين . بل يكفى أن تكون من العلانية بحيث يستطيع العلم بها (١) .

على أن الحق قد لا يقبل بطبيعته سوى الحيازة غير المستمرة أو الحيازة الخافية . ومن هذا القبيل الارتفاقات غير المستمرة مثل الارتفاق بالمرور أو بالشرب أو الارتفاقات غير الظاهرة مثل الارتفاق بعدم البناء . وعندئذ لا تكون حيازته محلا للحماية بدعاوى الحيازة (٢) ولا يستثنى من هذه القاعدة الا أن تكون هذه الحيازة ثابتة فى سند اتفاقى أو قانونى (٣) . فاذا كان السند اتفاقيا فانه يجب أن يكون صادرا من مالك العقار الخادم وأن يكون كافيا لتخويل الارتفاق محل الادعاء ، أما اذا كان أساس الارتفاق هو نص القانون ، فيجب أن يتأكد القاضى من توافر الشروط التى يتطلبها القانون لنشأة هذا الارتفاق . ويقوم مقام السند — اتفاقيا أو قانونيا — اقرار صاحب العقار الخادم بوجود الارتفاق ولو كان هذا الاقرار ضمنيا (٤) .

(د) أن تكون الحيازة واضحة أى خالية من لالتباس non équivoque وهذا الوصف يتعلق بالعنصر المعنوى للحيازة . بمعنى أنه يجب أن يكون من الواضح أن الحائز يقوم بالأعمال المادية المكونة للحيازة باعتباره صاحب الحق . ولهذا فانه اذا توفى شخص وترك عقارا له فى حيازة أحد الورثة ، واستمر الوارث فى حيازة العقار فان هذه الحيازة تكون غامضة اذ لا يعرف ما اذا كان الوارث يحوز العقار باعتباره جزءا من التركة أم يحوزه بصفته الشخصية باعتباره مالكا له . وتبدو الحيازة غامضة عادة فى حالة الحيازة المشتركة من شخصين ، اذ لا يعرف بالدقة ما اذا كان كل منهما يحوز لحساب نفسه أو لحساب الشخص الآخر أيضا . على أنه

---

(١) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٧٥ — ٣٢

(٢) فنسان : بند ٥٣ ص ٧٦ .

(٣) موريل : بند ٦٢ ص ٦٨ . نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٣٨ — المحاماة ١٨ — ٨٤١ — ٣٨٩ .

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩٥ ص ١٧٢ — ١٧٤ .

ليس معنى ما تقدم عدم جواز حماية حيازة الملك الشائع ، فلمالك العقار على الشيوع اذا وضع يده على جزء مفرز من العقار أن يحمى حيازته فى مواجهة الاعتداء الذى يحدث لها سواء من الغير أو من الملاك الآخرين على الشيوع (١) ، أو ممن تلقى الحيازة عنه (٢) .

واتصاف الحيازة بالهدوء والظهور والوضوح مسألة نسبية ، بمعنى أنه لايستطيع أن يتمسك بتعيب الحيازة لعدم اتصافها بأحد هذه الأوصاف الا الشخص الذى وجد العيب فى مواجهته ، ولهذا اذا كانت الحيازة مشوبة بعنف بالنسبة لشخص . فان لهذا الشخص وحده التمسك بهذا العيب دون غيره ممن تكون الحيازة هادئة بالنسبة له . وهكذا (أنظر المادة ٩٤٩/٢ مدنى مصرى) .

وحيث يجب أن تستمر الحيازة مدة سنة ، لقبول الدعوى ، فان مدة السنة هذه لا تحسب الا من الوقت الذى تتوافر فى الحيازة الاوصاف سالفة الذكر . أى من الوقت الذى تصبح فيه هادئة وعلنية وخالية من الالتباس .

والأصل فى الحيازة أنها سليمة فلا يقع على عاتق الحائز اثبات توافر هذه الأوصاف ، انما يقع على عاتق الطرف الآخر اثبات وجود العيب الذى يدعيه فى الحيازة (٣) .

وتقدير توافر أوصاف الحيازة يعتبر مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى أقامت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائغة (٤) .

٥٢ ـ محل الحيازة : لا تحمى دعاوى الحيازة سوى حيازة حق عينى أصلى على عقار . أما حيازة الحق الوارد على المنقول فانها لا تخضع بذاتها

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩٧ ص ١٧٥ — ١٧٦ . رمزى سيف : بند ١٢١ ص ١٥٤ ـ ١٥٥ نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٤ مجموعة النقض ١٥ ـ ١٣٢٤ ـ ٢٢٦ .

(٢) نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٧٨ ـ طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٤ق .

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩٣ ص ١٧٢ .

(٤) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١٧٥ ـ ٣٢ .

بالحماية القانونية بواسطة دعوى خاصة (١) • وعلة هذا من ناحية ، أنه فى غالب الأحيان الحيازة فى المنقول سند الحق • وبهذا تختلط الحيازة بالحق ، ولا يكون هناك محل لنوعين من الدعاوى لحماية كل منهما على انفراد • ومن ناحية أخرى ، ففى الحالات التى لا تسرى فيها هذه القاعدة كما فى حالة سرقة المنقول أو ضياعه ، رأى القانون قصر حماية المنقول على دعوى الحق (٢) ، وذلك على أساس قلة هذه الحالات • ولا يحمى المنقول بدعوى الحيازة سواء كان ماديا أو معنويا ، وسواء كان منفردا أو ضمن مجموعة من المال (٣) •

واذا وردت الحيازة على حق عينى على عقار ، فان دعوى الحيازة يمكن أن تنشأ بالنسبة لاى عقار سواء تعلق الامر بعقار بطبيعته أو بعقار بالتخصيص أو بعقار يعتبر منقولا حسب المآل (٤) • ومن ناحية أخرى ، فان دعاوى الحيازة تحمى الحق العينى الأصلى على العقار أيا كان هذا الحق سواء كان حق الملكية أو الانتفاع أو الارتفاق •• الخ • فالأمر لا يقتصر على حيازة الملكية •

على أنه يشترط فى العقار محل الحيازة أن يكون من العقارات التى يمكن أن تكون محلا للتملك أو محلا لحق عينى أصلى أيا كان لمصلحة الحائز (٥) • وعلة هذا أن الحيازة انما تحمى فى الاصل باعتبار الحائز هو فى الغالب صاحب الحق • ويترتب على هذا أن دعاوى الحيازة لا تنشأ

---

(١) موريل : بند ٦٢ ص ٦٧ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول ــ بند ١٥٩ ص ١٤٦ ــ ١٤٨ .

(٣) فنسان : بند ٥٣ ص ٧٦ .

(٤) فنسان : الاشارة السابقة .

(٥) ولا يقتضى هذا كما يذهب البعض (رمزى سيف بند ١٤٤ ص ١٥٥) اشتراط ان يكون العقار مما يمكن تملكه بالتقادم فليس فى طبيعة دعوى الحيازة أو فى نصوص القانون ما يوجب هذا الشرط . ولهذا اذا كان العقار يمكن ان يكون محلا لحق عينى فانه يحمى بدعاوى الحيازة ولو منع القانون تملكه بالتقادم . (عكس هذا : نقض مدنى ٩ نوفمبر ١٩٧٧ ــ فى الطعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٤ق . وهو حكم فى تقديرنا محل نظر) .

بالنسبة للعقارات التى تعتبر فى حكم ملك الله كالمساجد والاضرحة المقامة بها ، أو تلك المملوكة ملكية عامة للدولة أو لاحدى هيئاتها (١) فهذه لايجوز للافراد تملكها ، وبالتالى فان حيازتهم لهم لا يمكن أن تكون محلا للحماية بدعاوى الحيازة . على أنه يلاحظ أن للدولة أو للهيئة العامة أن تحمى حيازتها بدعاوى الحيازة — اذ العلة غير متوافرة بالنسبة لها . ومن ناحية أخرى ، فان لمن منح امتياز من الدولة لاستغلال أرض مملوكة ملكية عامة أن يرفع دعوى الحيازة حالا محل الدولة (٢) .

٥٤ — ثانيا : اعتداء على الحيازة : يتنوع الاعتداء الذى يحدث للحيازة . فقد يكون الاعتداء حالا وقد يكون محتملا . وفى الحالة الأولى ، قد يكون الاعتداء مجرد تعرض قانونى للحائز فى حيازته . وقد يكون تعرضا ماديا . فاذا كان الاعتداء الحال قانونيا ، أو كان ماديا لم يصل الى حد سلب الحيازة . كان للحائز دعوى منع التعرض . وان كان التعرض المادى قد وصل الى حد سلب الحيازة فان الدعوى التى تحمى الحائز هى دعوى استرداد لحيازة . أما اذا كان الاعتداء غير حال . ولكنه محتمل ، فان للحائز حماية حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة . وذلك كله على التفصيل التالى :

٥٥ — (أ) الاعتداء الذى ينشىء دعوى منع التعرض : يجب لنشأة دعوى منع التعرض أن يوجد تعرض . ويعتبر تعرضا كل واقعة مادية أو قانونية تتضمن مباشرة أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حيازة الحائز (٣) . ومن هذا التعريف يتضح أن التعرض اللازم لنشأة الحق فى دعوى منع التعرض قد يكون :

١ — تعرضا ماديا : ويتكون من واقعة مادية تتضمن ادعاء يتعارض مع حيازة الحائز . ومن أمثلته : اقامة بناء على الأرض — زراعة الأرض

---

(١) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٥١٧ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩٦ ص ١٧٤ — ١٧٥ .

(٣) جابيو : بند ١٠٩ . ١٠٠ . سوليس وبيرو جزء أول بند ١٨٣ ص ١٦٣ . موريل : بند ٦٤ ص ٦٩ . نقض مدنى ١٦ أبريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٦ق .

اذا كانت أرضا زراعية — المرور على الأرض الفضاء أو تسويرها • وتعتبر الواقعة تعرضا ولو تمت على غير عقار الحائز • مثال : اذا كان لعقار ارتفاق على عقار مجاور ، فقام حائز هذا العقار الاخير بأعمال على عقاره من شأنها منع حائز العقار الأول من الانتفاع بحيازة حق الارتفاق (١) •

٢ — تعرضا قانونيا : ويتكون من عمل قانونى — غير مصحوب بوقائع اعتداء مادية — يتضمن ادعاء يتعارض مع حيازة الحائز • ويستوى أن يكون هذا العمل قد تم باجراء قضائى أو غير قضائى • ولهذا يعتبر تعرضا قانونيا : ارسال انذار لمن يحوز حائطا بعدم اجراء أى تعديل فى حالته بدعوى أنه حائط مشترك (٢) ، أو ارسال انذار من شخص الى مستأجر لعقار غيره أو المزارع فيه بوجوب دفع الأجرة لمرسل الانذار ، أو رفع دعوى حيازة على الحائز • فهذه الدعوى تتضمن ادعاء الحيازة من المدعى وهو ما يعنى انكار المدعى لحيازة المدعى عليه • وفى هذا المثال الأخير تنشأ للمدعى عليه هو الآخر دعوى حيازة ضد المدعى يستطيع رفعها أمام نفس القاضى • ويفصل القاضى — عندئذ — فى الدعويين معا (٣)•

وسواء كانت الواقعة مادية أو قانونية ، فانها لا تعتبر تعرضا للحيازة الا اذا تضمنت ادعاء حيازة أو حق يتعارض مع حيازة الحائز • فاذا لم تكن تتضمن مثل هذا الادعاء ، فلا تكفى لنشأة دعوى منع التعرض (٤) • ولهذا اذا حدث مثلا أن دخل شخص حديقة جاره دون اذنه وجمع بعض ثمارها فان هذه الواقعة ان كونت فعلا ضارا ينشىء دعوى التعويض ، فانها لاتعتبر تعرضا ينشىء دعوى منع التعرض • ونتيجة لهذا من المقرر أن رفع دعوى الحق على الحائز لا يعتبر تعرضا قانونيا ذلك أن رفع هذه الدعوى لا يتضمن أى ادعاء يتعارض مع حيازة المدعى عليه . بل على العكس يمكن أن يعتبر تسليما بحيازته (٥) •

---

(١) جابيو : المرجع والاشارة السابقة . موريل : بند ٦٣ ص ٦٩ .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ ابريل ١٩٣٦ — المحاماة ١٧ — ١٢٤٩ — ٦٢٣ .

(٣) جابيو : المرجع والاشارة السابقة . موريل : بند ٦٤ ص ٧٠ .

(٤) فنسان : بند ٦٠ ص ٧٩ .

(٥) رمزه سيف : بند ١٢٤ ص ١٥٧ .

ويستوى أن تكون الواقعة المكونة للتعرض قد تمت استعمالا لحق أو بغير حق • ولا تستثنى من هذه القاعدة الا حالتان :

١ — الأعمال التى تتم تنفيذا لحكم قضائى صادر ضد الحائز ، سواء صدر الحكم فى دعوى حق أو دعوى حيازة • وذلك لأن أساس القاعدة هو وجوب حماية الحيازة ضد المعتدى ولو كان صاحب الحق احتراما لمبدأ عدم اقتضاء الشخص حقه بنفسه • فلا يمكن أن تنطبق اذا حصل الشخص على حكم من القضاء • على أنه يجب أن يكون الحائز طرفا فى الخصومة التى انتهت بالحكم • فاذا لم يكن طرفا فيها ، فان تنفيذ الحكم ضده يعتبر تعرضا له فى حيازته يخوله الحق فى الدعوى (١) •

٢ — أعمال التعرض المستندة الى قرار ادارى ، فهذه لا تنشىء دعوى حيازة لمنع التعرض ، وعلة هذا أن دعوى منع التعرض تؤدى الى الحكم لمصلحة صاحبها بوقف تنفيذ هذا القرار وهو ما يخرج عن ولاية جهة المحاكم (٢) •

ويلاحظ أن دعوى منع التعرض ليست دعوى مسئولية ، وانما هى ترمى الى حماية الحيازة • وينتج عن هذا أن الضرر ليس شرطا لازما كما أنه ليس شرطا كافيا • هو ليس شرطا لازما ، بمعنى أن تحقق التعرض يكفى لنشأة دعوى منع التعرض ، ولو لم يقع أى ضرر للحائز (٣) ، بل ولو كان التعرض ينطوى على أعمال نافعة له ، كما لو قام شخص بزراعة أرض الحائز • وهو ليس شرطا كافيا بمعنى أن تحقق الضرر لا يكفى وحده لرفع دعوى منع

---

(١) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٤٦ — المحاماة ١٧ — ٢٠٠ — ٨٢ كذلك يعتبر تعرضا التنفيذ بموجب عقد رسمى ضد شخص ليس طرفا فيه (شبين الكوم الجزئية ٢٢ مايو ١٩٣٨ — المحاماة ١٨ — ١١١٠ — ٤٨٢) .

(٢) نقض مدنى ٢٦ اكتوبر ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٤٥ ق . ونقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٤٧٠ — ٨٤ . ولا يكون للحائز فى هذه الحالة لكى يحصل على حماية القضاء ضد التعرض لحيازته سوى الالتجاء الى القضاء الادارى لوقف الامر الادارى أو الغائه (نقض مدنى ٧ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٥٢٨ — ٨١) .

(٣) موريل : بند ٦٤ ص ٦٩ .

التعرض ، ما لم يوجد تعرض بالمعنى الذى سبق أن وضحناه • فاذا وجد كل من التعرض والضرر ، فقد تنشأ دعويان : دعوى منع التعرض ودعوى المسئولية الشخصية اذا توافرت شروطها (١) •

٥٦ ــ (ب) الاعتداء الذى ينشىء دعوى وقف الاعمال الجديدة :

يكون للحائز دعوى وقف الاعمال الجديدة ، لحماية حيازته من اعتداء محتمل على حيازته • فهى دعوى وقائية ترمى الى توقى تعرض لم يحدث بعد • ومثالها : اذا كان لشخص حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره ، وبدأ الجار فى بناء حائط من شأنه لو ارتفع أن يكون تعرضا لحيازة المدعى لحق الارتفاق • فيكون للحائز أن يرفع دعوى لوقف هذا البناء (٢) • وهذه الدعوى تفترض :

١ ــ أن يكون العمل الذى يطلب وقفه قد بدأ على عقار المعتدى نفسه وليس على عقار الحائز ، لأنه لو بدأ على عقار الحائز فان مجرد بدئه يعتبر تعرضا حالا للحيازة ينشىء الحق فى دعوى منع التعرض (٣) •

٢ ــ أن يكون العمل الذى بدأ من شأنه لو تم أن يكون تعرضا للحيازة ، فبهذا يكون العمل اعتداء محتملا على الحيازة •

٣ ــ ألا يتم هذا العمل • ذلك أنه لو تم ، فانه عندئذ يكون اعتداء حالا • ويكون الحائز فى حاجة الى الحماية بواسطة دعوى منع التعرض التى تنشأ له نتيجة لهذا الاعتداء •

ويقع عب اثبات بدء العمل الذى يكون اعتداء محتملا على الحيازة على عاتق المدعى • ولا يكفى اثباته بدء هذا العمل ، بل يجب أن يثبت أنه عند تمامه فى المستقبل سيكون تعرضا لحيازته (٤) •

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٨٥ ص ١٦٥ .
(٢) موريل : بند ٦٥ ص ٧٠ ــ ٧٢ . فنسان : بند ٦١ ص ٧٩ .
(٣) جابيو : ص ١٠٥ حاشية (١) .
(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٩٩ ص ١٧٨ .

٥٧ ـ (جـ) الاعتداء الذى ينشىء دعوى استرداد الحيازة :

تنشأ دعوى استرداد الحيازة اذا بلغ التعرض درجة نزع يد الحائز • ففقـد الحيازة هو وحده الذى يؤدى الى نشأة الحق فى دعوى لرد هذه الحيازة التى فقدت • والامثلة كثيرة أبسطها قيام شخص بوضع يده على أرض فى حيازة آخـر • ويشترط لكى يؤدى فقد الحيازة الى نشأة هذه الدعوى أن يكون هذا الفقد قد تم نتيجة لعمل لاسند له من القـانون Voie de fait ولهذا اذا أدى التنفيذ جبرا الى فقد الحيازة ، فان من فقد الحيازة نتيجـة هذا التنفيذ لا تكون له دعوى استرداد الحيازة (١) ، (٢) • واذا توافر هذا الشرط ، فلا يشترط بعد هذا أن يكون سلب الحيازة مصحوبا بايذاء أو تعد على شخص الحائز (٣) ، كما لا يشترط أن يكون مقترنا بالعنف أو بالاكراه • فتنشأ الدعوى وفقا للرأى الراجح ولو حدث سلب الحيازة بالحيلة والخديعة (٤) • فالمهم هو أن يكون فقد الحيازة ضد ارادة الحائز ولو المفترضة (٥) •

٥٨ ـ ثالثا : الصفة فى الدعوى صاحب الحق فى دعوى الحيازة هو الحائز الذى اعتدى على حيازته أيا كانت صورة الاعتداء • ويجب أن تتوافر فيه صفة الحائز وقت حدوث الاعتداء (٧) وتنتقل الدعوى الى خلف الحائز أيا كان سبب الخلافة • أما من تنشأ فى مواجهته دعوى الحيازة ، فهو ، لأن دعاوى الحيازة عينية ، المعتدى على الحيازة وأيضا أى شخص انتقلت اليه

---

(١) استئناف مختلط ٣ مايو ١٩٣٤ ـ المحـاماة ١٥ ـ ٢ ـ ٤٣٣ ـ ٣٤٦ . على أنه يجب أن يكون المنفذ ضده طرفا فى الخصومة التى انتهت بالسند التنفيذى أو طرفا فى العقد الرسمى .

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول ص ١٨٠ حاشية (٩) . ويعتبر العمـل له سند ، ولو كان هذا السند باطلا أو لم يعد قائما . ولهذا فان المستأجر الذى يحوز العقار بناء على عقد ايجار لا يجوز للمؤجر أن يرفع عليه دعوى استرداد حيازة لاسترداد العقار منه ولو كان العقد باطلا او انتهت مدته .

(٣) نقض مدنى ٩ يناير ١٩٦٤ ـ مجموعة النقض ١٥ ـ ٦٢ ـ ١٢ .

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٠٤ ص ١٨٠ ـ ١٨٢ .

(٥) زوكولا : الدفاع عن الحيازة بند ١٢ ص ٤٣ .

(٦) زوكولا : بند ٣٦ ص [illegible] .

حيازة العقار من المعتدى (١) ولو كان حسن النية . ومن ناحية أخرى . فان الدعوى لا توجه ضد المغتصب اذا زالت صلته بالعقار . كذلك لاتوجه الى ورثته ممن لا علاقة لهم بالعقار . وقد أكد المشرع ذلك بصفة خاصة بالنسبة لدعوى استرداد الحيازة فنص فى المادة ٩٦٠ من المجموعة المدنية على أن دعوى استرداد الحيازة ترفع ضد من انتقلت اليه حيازة العقار المغتصب ولو كان حسن النية . وبهذا أكد طبيعتها كدعوى عينية شأنها شأن دعاوى الحيازة الاخرى (٢) .

ولأن القانون يخول دعوى استرداد الحيازة أيضا للحائز حيازة مادية : فانه بالنسبة لهذه الدعوى يتصور أن يتم سلب الحيازة ليس فقط من الغير وانما أيضا من الحائز القانونى (٣) . فهل ينشىء هذا السلب دعوى الحيازة للحائز المادى ضد الحائز القانونى ؟ يجب التفرقة حسب ما اذا كان الحائز حيازة مادية يحوز لحساب الحائز القانونى أم يحوز لحساب نفسه . فى الحالة الأولى ، كما فى حالة الوكيل الذى يحوز نيابة عن المالك ، ليس للحائز المادى رفع الدعوى ضد الحائز القانونى . وعلى العكس فى الحالة الثانية حيث للحائز المادى حيازة مستقلة لحساب نفسه ، كما فى حالة مستأجر العقار أو مرتهنه حيازيا ، فان له رفع دعوى استرداد الحيازة ضد الحائز القانونى (٤) .

---

(١) موريل : بند ٦٤ ص ٧٠ .

(٢) انظر : رمزى سيف : بند ١٣٦ ص ١٧٠ .

(٣) وهو ما يتصور أيضا بالنسبة لكل من دعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة التى يرفعها المستأجر ، فقد يحدث الاعتداء من الحائز القانونى (المؤجر) .

(٤) نقض ايجارات ١٩٨١/١/١٧ فى الطعن رقم ١١٦ لسنة ٥٠ ق . مونتيل : الحيازة بند ٢١١ ص ٤٨٨ – ٤٩٢ . شبين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر ١٩٣٨ – المحاماة ١٩ – ١٤٨ – ٦٧ . الازبكية الجزئية ٢١ يناير ١٩٣٢ – المحاماة ٣١ – ٩٢٦ – ٤٥٢ . عكس هذا : نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٥٨ – مجموعة النقض ٨ – ١٠٦ – ٩ . وقد رفض هذا الحكم دعوى منع تعرض رفعها المستأجر ضد المؤجر استنادا الى ان حيازته ليست مقترنة بنية التملك ، والى ان علاقته بالمؤجر مبنية على العقد وليس على الحيازة . وهو حكم منتقد ، لأن للمستأجر فى مصر رفع جميع دعاوى الحيازة بما فيها =

٥٩ ــ تقادم خاص بدعاوى الحيازة : يجب أن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة (٩٥٨ مدنى) • فاذا انقضى هذا الميعاد انقضت دعوى الحيازة بالتقادم ، ولا يبقى للحائز سوى رفع دعوى الحق أو دعوى التعويض عن العمل غير المشروع اذا توافرت شروط أى منهما (١) وعلة هذه المهلة القصيرة هى أنه اذا لم يسارع الحائز برفع الدعوى ، فانه يدل بتأخره على أن التعرض لحيازته ليس خطيرا بحيث يخل بالأمن والسلام • وبهذا لا يكون هناك مبرر لحماية حيازته بدعوى الحيازة • هذا فضلا عن أن المغتصب يكون قد حاز فى الغالب حيازة مستقرة تستحق حماية المجتمع (٢) •

وتحسب مدة السنة من وقوع الاعتداء (٣) • ولا يحسب اليوم الذى يقع فيه الاعتداء ، وانما تبدأ السنة من اليوم التالى وتنتهى بانتهاء اليوم الأخير فى السنة (٤) • ولا يثير الأمر صعوبة اذا حدث الاعتداء بواقعة واحدة ، سواء كانت واقعة مادية أو قانونية • فعندئذ تحسب السنة من اليوم التالى لهذه الواقعة • ومن أمثلة هذا الاعتداء حدوث تعرض قانونى بانذار يوجه الى مستأجر العقار بدفع الأجرة الى المتعرض • ولكن المشكلة تثور اذا كانت هناك أكثر من واقعة تعدى متتابعة صادرة من شخص واحد • فابتداء من أية واقعة تحسب مدة

دعوى منع التعرض ولو لم تتوافر لديه نية التملك . ولأن الرابطة العقدية لا تمنع من توافر واقعة الحيازة لدى المستاجر . وهو يحوز حيازة عرضية لحسابه هو وليس لحساب المؤجر . وهذا ما قررته محكمة النقض فى حكم حديث لها (ايجارات ١٩٨١/١/١٧ مشار اليه ، اذ قررت إن الالتجاء الى دعوى العقد محله ان يكون المدعى قد استند الى العقد وان يكون النزاع على الحيازة داخلا فى نطاق العقد،أما اذاكان المستأجر قد أسس دعواه باسترداد الحيازة على أن المؤجر اغتصب عين النزاع دون أن يستند الى العقد فان دعواه تقوم علىالحيازة وليس على العقد.وتعتبر دعوى استردادحيازة يجب بحث شروطها باعتبارها كذلك .

(١) موريل : بند ٦٢ ص ٦٨ . جابيو : بند ١١٧ ص ١٠٧ .

(٢) فنسان : بند ٥٢ ص ٧٥ . زوكولا : بند ٧٨ ص ٢٨٣ .

(٣) وينظر الى وقوع الاعتداء بصرف النظر عن اليوم الذى ترتب فيه على هذا الاعتداء ضرر فعلي للمدعى . (زوكولا : بند ٩٠ ص ٢٨٩ ــ ٢٩٩).

(٤) جابيو : المرجع والاشارة السابقة .

السنة ؟ اذا كانت كل واقعة من الوقائع المتتابعة لاتكون وحدها اعتداء ، وانما يتكون الاعتداء من مجموع هذه الوقائع . فيجب القول بأن مدة السنة تحسب من آخر واقعة (١) . ولكن ما الحل اذا كانت كل واقعة تكون اعتداء على الحيازة ؟ الرأى الراجح هو أن مدة السنة تبدأ من أول واقعة تعتبر اعتداء . ذلك أنه بانقضاء سنة من هذه الواقعة ؛ دون أن يرفع المدعى الدعوى ، تتبين عدم الحاجة الى الحماية القضائية للحيازة . وعدم خطورة الاعتداء على الأمن والسلام . ومن ناحية أخرى . فان دعوى الحيازة تنشأ هنا منذ أول تعدى ويجب أن تحسب مدة السنة منذ نشأة الدعوى(٢) . على أن هذا الحل يفترض أن الوقائع المتتابعة ــ وان كون كل منها اعتداء يبرر رفع الدعوى ــ هى وقائع مرتبطة تنشىء حالة اعتـــداء مســتمرة صادرة من شخص واحد وبالتالى تنشىء دعوى واحــدة لهــا صــفة مستمرة (٣) . أما اذا تباعدت أعمال التعرض واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين ، فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضا قائما بذاته وتتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الاعمال أو الاشخاص الصادرة منهم . وتحتسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى (٤) . كذلك الأمر اذا كانت احدى أعمال الاعتداء الواقعة أكثر خطورة بحيث تنشىء دعوى حيازة مختلفة . فان مدة تقادم الدعوى الجديدة تبدأ من هذه الواقعة .

وتأخذ هذه المشكلة صورة خاصة بالنسبة لدعوى وقف الأعمال

---

(١) ويرجع تقدير ما اذا كانت الواقعة الواحدة تكون الاعتداء ام أن الاعتداء لايوجد الا بوقائع متتابعة الى قاضى الموضوع .

(٢) من هذا الرأى : سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٦٨ ص ١٥٢ . موريل : بند ٦٢ ص ٦٨ . نقض مدنى فرنسى ١٦ ديسمبر ١٩٢٩ ــ سيرى ١٩٣٠ ــ ١ ــ ١٠٠ . مونتيل : الحيازة بند ٢٢١ ص ٥١٥ . زوكولا : بند ٨٨ص ٢٨٤ وما بعدها . وجدى راغب : مبادىء ص ١٩٥ . ابراهيم سعد : جزء أول ص ٢١٣ . وقد أخذت بهذا الرأى محكمة النقض المصرية (نقض مدنى ١٦ أبريل ١٩٧٩ ــ فى الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٦ ق) .

(٣) مونتيل : الاشارة السابقة .

(٤) نقض مدنى ١٦ أبريل ١٩٧٩ ــ فى الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٦ ق

الجديدة ، ذلك أن سبب هذه الدعوى ليس هو الاعتداء وانما احتمال الاعتداء . ونرى أنه يجب القول هنا أيضا بأن مدة السنة تبدأ من أول واقعة، أى من بداية العمل الذى عند تمامه يكون اعتداء . وهذا الرأى هو الذى قننه المشرع المصرى بنصه فى المادة ١/٩٦٢ من المجموعة المدنية على أن تحسب مدة السنة من يوم البدء فى العمل الجديد . على أنه يلاحظ أنه ، بالنسبة لدعوى وقف الأعمال الجديدة ، لا يؤدى تقادم هذه الدعوى الى حرمان الحائز من حماية حيازته ، ذلك أنه باكتمال العمل وتكوينه تعرضا للحيازة تنشأ للحائز دعوى منع التعرض . وتبدأ من هذا الوقت مدة التقادم بالنسبة لهذه الدعوى .

ووفقا للمادة ١/٩٥٨ مدنى ، لاتبدأ مدة السنة بالنسبة لدعوى استرداد الحيازة فى حالة فقد الحيازة خفية الا من اليوم الذى يكتشف فيه الحائز هذا الفقد . على أنه يجب أن يفسر هذا النص على أساس بدء الميعاد لا من يوم الاكتشاف الفعلى لفقد الحيازة من جانب الحائز ولكن من اليوم الذى كان يستطيع أن يكتشفه فيه وفقا للحرص العادى للرجل المعتاد . والقول بغير هذا يعنى ترك مسألة تحديد بدء الميعاد لشخص المدعى الذى يستطيع الزعم بأنه لم يكتشف فقد الحيازة الا فى اليوم الذى يناسبه (١) .

ونرى مع فريق من الفقهاء (٢) أن هذا الميعاد هو ميعاد تقادم ، وليس ميعاد سقوط ، délai de prescription اذ هو ميعاد يؤدى انقضاؤه الى انقضاء الحق فى دعوى الحيازة . ويترتب على هذا التكييف أن ميعاد السنة يخضع لما تخضع له مواعيد التقادم من أحكام . فهو يسرى فى حق جميع الأشخاص (مادة ٢/٣٨٢ مدنى مصرى) ، وهو يخضع لأسباب الوقف والانقطاع التى ينص عليها القانون . وليس للقاضى أن يحكم بالتقادم من تلقاء نفسه .

---

(١) زوكولا : بند ٩١ ص ٢٩٠ .

(٢) فنسان : بند ٥٢ ص ٧٦ هامش ١ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٦٩ ص ١٥٢ — ١٥٣ . ابراهيم سعد : جزء أول ص ٢١٣ .

٦٠ ـ قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة (١) :

ترمى هذه القاعدة الى ابراز رغبة القانون فى حماية الحيازة باعتبارها مركزا قانونيا مستقلا عن الحق الموضوعى • فلا يجوز الخلط بين الحماية المقررة للحيازة والحماية المقررة للحق • ولا يجوز أن يؤدى وجود هذه الحماية الأخيرة الى عدم الانتفاع من حماية الحيازة (٢) • ولم يورد القانون المصرى هذه القاعدة كمبدأ عام وانما نص فى المادة ٤٤ مرافعات على أهم تطبيقاتها • والمقصود بدعوى الحق التى يجمع بينها وبين دعوى الحيازة ، ليس فقط دعوى الملكية ، بل أيضا أى دعوى عينية ترد على نفس العقار (٣) • بل أنه حيث ترفع دعوى الحيازة من الحائز حيازة مادية (وهو ما يجوز فى القانون المصرى بالنسبة لدعوى استرداد الحيازة وبالنسبة لجميع دعاوى الحيازة التى ترفع من المستأجر) ، فان اعمال هذه القاعدة يقتضى القول بأن عدم الجمع يعنى أيضا عدم الجمع بين دعوى الحيازة وبين دعوى الحق الشخصى • ذلك أن النص يشير الى دعوى الحق عموما وليس فقط الى دعوى الحق العينى (٤) •

وقد نصت المادة ٤٤ على هذه القاعدة بالنظر الى كل من المدعى والمدعى عليه والمحكمة • على أننا نؤثر ارجاء ما يتعلق بالمحكمة الى الكلام عن الحكم فى دعاوى الحيازة • ونقتصر هنا على بحث ما يتعلق بكل من المدعى والمدعى عليه •

٦١ ـ (أ) اذا رفع المدعى دعوى الحق : اذا حدث اعتداء على الحيازة ، فبادر الحائز الى رفع دعوى الحق ، فليس له بعد ذلك ، رفع دعوى الحيازة ولو أمام محكمة أخرى (٥) ، وسواء أثناء الخصومة فى الحق أو

---

(١) Non cumul du possessoire et du petitoire

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٧٠ ص ١٥٣ .

(٣) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٥٦ ــ مجموعة النقض ٧ ص ٥١٧ .

(٤) مونتيل : الحيازة بند ١٩٣ ص ٤٣٦ ــ ٤٣٨ .

(٥) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٤٤ ــ المحاماة ٢٦ ــ ٤٩٩ ــ ٢٢٧ .

بعد انتهائها • وأساس هذا الأثر أن المدعى برفع دعوى الحق يعتبر معترفا اعترافا ضمنيا بالحيازة لخصمه ، وبالتالى متنازلا عن حيازته وعن الحماية التى قررها القانون لها (١) ، فيسقط حقه فى دعوى الحيازة (مادة ١/٤٤ مرافعات) • على أنه يجب لكى يترتب هذا الأثر توافر شرطين :

(أ) أن تكون هناك دعوى حق قد رفعت بالفعل • فلا يترتب الأثر على الاجراءات السابقة على رفع الدعوى كانذار المعتدى أو تقديم طلب بالاعفاء من رسوم الدعوى • كما لا يترتب هذا الأثر على رفع الدعـوى الوقتية التى لا تمس أصل الحق (٢) • والعبرة فى تكييف الدعوى بالمطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات المستعملة (٣) ، ويعود الى قاضى الموضوع تحديد التكييف الصحيح للدعوى ، وذلك تحت رقابة محكمة النقض (٤) •

(ب) أن يكون الاعتداء قد حدث قبل رفع دعوى الحق • ... شخص دعوى حق ، وبعد رفعه هذه الدعوى ، حدث اعتداء على حيازته ، فان سبق رفعه دعوى الحق لا يحول دون رفعه بعد ذلك دعوى حيازة لرد هذا الاعتداء الجديد • ذلك لأنه لا يمكن أن يكون عند رفعه دعوى الحق قد تنازل عن دعوى الحيازة التى لم تكن قد نشأت ــ عندئذ ــ بعد (٥) •

ويترتب سقوط الحق فى دعوى الحيازة على مجرد رفع دعوى الحق ، ولو حكم بعد ذلك ببطلان رفعها أو بعدم الاختصاص بها (٦) أو زالت الخصومة لأى سبب قبل الحكم فى موضوعها (٧) • ذلك أن هذا السقوط

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٧٥ ص ١٥٧ . موريل : بند ٧٠ ص ٧٤ . فنسان : بند ٥٨ ص ٧٨ .

(٢) قنا الكلية ٣ يناير ١٩٤٠ ــ المحاماة ٢٠ ــ ٦٢٨ ــ ٢٢٣ .

(٣) رمزى سيف : بند ١٣٩ ص ١٧٤ .

(٤) نقض مدنى ٩ نوفمبر ١٩٣٣ ــ المحاماة ١٤ ــ ١ ــ ٩٥ ــ ٥٧ .

(٥) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٨٢ فى الطعن رقم ١٦١ لسنة ٤٩ ق . و ٩ مايو ١٩٤٠ ــ المحاماة ٢١ ــ ٢٣٠ ــ ١٠٨ .

(٦) فنسان : بند ٥٨ ص ٧٨ .

(٧) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٨٢ ــ فى الطعن ١٦١ لسنة ٥١ ق .

هو نتيجة اعتبار مجرد رفع دعوى الحق نزولا عن دعوى الحيـازة • ولهذا أيضا فإنه يحدث بصرف النظر عن نتيجة رفع دعوى الحق أمام القضاء ، فسواء خسر دعوى الحق أو كسبها (١) فليس له رفع دعوى الحيازة •

ويسقط الحق فى دعوى الحيازة فقط بالنسـبة للمدعى فى دعـوى الحق ، أما المدعى عليه فى هذه الدعوى ، فانه يحتفظ بحقه فى رفع دعوى الحيازة اذا حدث اعتداء على حيازته • ويستوى أن يكون هذا الاعتداء قد حدث قبل رفع دعوى الحق أو بعده • ذلك أنه لم يصدر منه ما يدل على نزوله عن دعوى الحيازة • على أنه اذا أراد المدعى عليه فى دعـوى الحق رفع دعوى حيازة فانه يجب أن يفعل هذا باجراءات مسـتقلة عن خصومة الحق (٢) •

٦٣ ــ (ب) اذا رفع المدعى دعوى الحيازة :

١ ــ بالنسبة للمدعى : أجاز المشرع المصرى للمدعى فى دعوى الحيازة أن يرفع دعوى الحق (٣) ، ولكنه رتب على رفع هذه الدعوى الأخيرة زوال دعوى الحيازة التى سبق للمدعى رفعها (١/٤٤) • وعلى هـذا اذا رفع المدعى دعوى الحيازة فانه لا يلتزم بالانتظار الى حين الفصـل فيها أو الى حين صدور حكم فى الدعوى وانما يستطيع ــ ودعوى الحيازة قائمة ــ أن يرفع دعوى الحق • وعندئذ يعتبر برفعه دعوى الحق متنازلا عن دعوى الحيازة التى رفعها (٤) • وبهذا يكون لرفع دعوى الحق نفس الأثر على دعوى الحيازة سواء كانت هذه الدعوى قد رفعت أم لا •

---

(١) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٤٤ ــ المحاماة ٢٦ ــ ٥٩٩ ــ ٢٢٧ .

(٢) موريل : بند ٧٠ ص ٧٥ .

(٣) كوستا : بند ٤٨٨ ص ٥٥٧ . ساتا : بند ٤٨٤ ص ٥٨٥ .

(٤) رمزى سيف : بند ١٣٩ ص ١٧٢ . ولان مـدعى الحيـازة يعتبـر برفعه دعوى الحق متنازلا عن دعوى الحيازة . فقد حكم بأن دعـوى الحق تعتبر متعذرة على مدعى الحيازة طوال نظر دعوى الحيازة مما يوقف سريان التقادم المكسب للملكية عملا بالمادة ١/٣٨٢ مدنى (نقض مدنى ٥ نوفمبر ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ١١٨٥ ــ ١٩٩ .

٢ - بالنسبة للمدعى عليه : وفقا للمادة ٢/٤٤ مرافعات مصرى « لا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد الى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها الا اذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه » ويستفاد من هذا النص :

(أ) ليس للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدافع فى هذه الدعوى مستندا الى أنه صاحب حق (١) . فكونه صاحب حق لا يخوله الاعتداء على الحيازة . ويكون دفاعه المستند الى أنه صاحب حق غير مقبول ، لانه بفرض أنه حقيقة صاحب الحق فلا أثر لهذا الدفاع فى قبول دعوى الحيازة .

(ب) ليس للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يرفع دعوى الحق ، انما عليه أن ينتظر الى حين صدور الحكم فى دعوى الحيازة ، وقيامه بتنفيذ هذا الحكم باعادة الحال الى ما كان عليه قبل الاعتداء (٢) ودفعه ما حكم عليه من مصاريف قضائية عن دعوى الحيازة (٣) . وعندئذ فقط يستطيع أن يرفع دعوى الحق (٤) . ولا يعفيه من وجوب انتظار صدور الحكم فى دعوى الحيازة الا ان يقوم بازالة اعتدائه بأن يرد الحيازة الى المدعى . فاذا رفع المدعى عليه فى دعوى الحيازة دعوى الحق (٥) قبل الفصل فى دعوى

---

(١) نقض مدنى ٢٨ نوفمبر لنقض ١٩٦٣ - مجموعة النقض ١٤ - ١١١٢ - ١٥٨ .

(٢) وهذا يفترض انه قد خسر قضية الحيازة . أما اذا كسبها فلا حاجة به لرفع دعوى الحق . واذا كان النزاع حول الحيازة قد انتهى صلحا ، فليس للمدعى عليه رفع دعوى الحق قبل تنفيذ تعهداته بموجب هذا الصلح (دينى : مشار اليه بند ٤١ ص ١١١ . زوكولا : بند ٧٦ ص ٢٥١) .

(٣) زوكولا : بند ٧٦ ص ٢٤٩ . على أنه لا يلزم تنفيذ الحكم بالتعويض عن الاعتداء على الحيازة (زوكولا : نفس الاشارة ص ٢٥٠) .

(٤) موريل : بند ٧٠ ص ٧٥ . فنسان : بند ٥٨ ص ٥٧ . على انه يستطيع رفعها اذا انقضت خصومة الحيازة قبل الفصل فى موضوعها (زوكولا : ص ٢٥١ - ٢٥٢) .

(٥) سواء كطلب أصلى او كطلب عارض . دينى : مشار اليه بند ٤١ ص ١١١ - ١١٢ .

الحيازة وتنفيذ الحكم ، أو قبل تخليه عن الحيازة لخصمه ، فان دعواه تكون غير مقبولة (١) .

٦٣ ـ نظر دعاوى الحيازة والحكم فيها : اذا رفعت دعوى الحيازة الى المحكمة المختصة بها ، فيجب عليها أن تقتصر على نظر الحيازة دون التعرض للحق المدعى حيازته . فالحق يعتبر مسألة خارجة عن القضية المعروضة عليها بدعوى الحيازة . ولهذا ليس للمحكمة أن تفصل فيمن يعتبر صاحب الحق . كما أنه ليس لها ، وان اقتصرت على الفصل فى دعوى الحيازة ، أن تستند الى أدلة تتصل فقط بالحق (٢) . ولهذا ليس للمحكمة أن تقبل أية أدلة يراد بها اثبات وجود الحق الموضوعى للمدعى أو للمدعى عليه (٣) اذ تعتبر هذه أدلة غير منتجة فى الدعوى .

على أنه ليس معنى ما تقدم أن حكم القاضى يعتبر معيبا لمجرد استناده الى أدلة تتعلق بالحق (٤) . فهذه الأدلة قد تفيد بالنسبة لاثبات توافر أوصاف الحيازة التى يحميها القانون . وعندئذ يمكن الاستناد اليها بخصوص توافر هذه الأوصاف . وهكذا يمكن مثلا تقديم عقود ايجار صادرة من مدعى الحيازة للغير لاثبات وضوح حيازته . فالمهم ــ كما تقول محكمة النقض المصرية ــ : « ... لو دعت ضرورة هذا البحث (فى الحيازة) للرجوع الى مستندات حق المالك ، فلا يكون ذلك مقصودا لذاته بل يكون على سبيل الاستثناء وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد (٥) » . فاذا لم تكن الأدلة لازمة لبحث ما يتعلق

---

(١) على أن مجرد رفع المدعى عليه دعوى الحق لا يعنى فى ذاته التسليم بالحيازة للمدعى . شبين الكوم الجزئية ٢٢ مايو ١٩٣٨ ــ المحاماة ١٨ ــ ١١١ ــ ٤٨٢ .

(٢) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٤٨ ــ المحاماة ٢٩ ــ ٣٤١ ــ ٧٨٣ .

(٣) فنسان : بند ٥٦ ص ٧٧ . جابيو : ١٢٠٢٨ ص ١٠٩ ــ ٢٢٠ .

(٤) موريل : بند ٧٠ ص ٧٤ .

(٥) نقض مدنى مصرى ٢٧ اكتوبر ١٩٣٢ ــ المحاماة ١٣ ــ ٢٨٥ ــ ١٢٧ . نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٣ ــ مجموعة النقض ١٤ ــ ١١٢ ــ ١٥٨ .

بثبوت الحيازة ، فليس للمحكمة أن تبنى حكمها عليها . ذلك أن حكمها عندئذ يكون مبنيا لا على أساس ثبوت الحيازة بالأوصاف التى يتطلبها القانون أو عدم ثبوتها ، وانما على أساس ثبوت الحق أو نفيه ، وهى مسألة لا علاقة لها بالحيازة . وتتيجة لما تقدم ، لا يجوز للمحكمة أن تقضى بقبول دعوى الحيازة على أساس ما ثبت لها من أن المدعى هو صاحب الحق المطلوب حماية حيازته ، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضى برفض هذه الدعوى استنادا الى ثبوت الحق للمدعى عليه دون المدعى (٣/٤٤ مرافعات) (١) .

وما يهم هو عدم بناء الحكم فى الحيازة على أسباب تتعلق بالملكية (٢) فاذا بنى الحكم على أسباب تسنده تتعلق بالحيازة ، فلا يعيب الحكم أن توجد فى أسبابه بعض التقريرات المتعلقة بالملكية ما دام الحكم لم يستند اليها ، اذ تعتبر هذه تزيدا لا تعيبه (٣) .

واذا رأت المحكمة أن شروط دعوى الحيازة المرفوعة اليها متوافرة ، فانها تقبل الدعوى ، وتصدر حكما باجابة المدعى الى طلبه . ويختلف مضمون الحكم باختلاف الدعوى المرفوعة :

(أ) فاذا كانت الدعوى هى دعوى وقف الأعمال الجديدة فان المحكمة تأمر بوقف هذه الأعمال . وليس لها أن تتجاوز هذا الى الأمر بازالة ما تم من أعمال . ذلك أن ما تم لا يكون تعرضا للحيازة وانما هو لا يعدو أن يكون تعرضا محتملا . ويكفى لحماية الحائز أن يقف العمل ، وبالتالى لا يتم التعرض (٤) . وفى هذا الصدد : تنص المادة ٢/٩٦٢ مدنى مصرى على أنه « ... يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة

---

(١) جابيو : بند ١٢ ص ١٩. نقض مدنى مصرى ٢٨ أبريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٥٥١ — ٨٢ .

(٢) فنسان : بند ٥٧ ص ٧٧ .

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٧٣ ص ١٥٦ — ١٥٨ . نقض مدنى ١٠ أكتوبر ١٩٤٦ — المحاماة ٢٧ — ٣٥٥ — ١٥٢ .

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢١٢ ص ١٨٩ .

مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لاصلاح الضرر الناشىء من هذا الوقف ، متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لازالة هذه الأعمال كلها أو بعضها اصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز اذا حصل على حكم نهائى فى مصلحته » . ومفاد هذه المادة أن للمحكمة التى تفصل فى دعوى وقف العمل الجديد أن تلزم المحكوم له — سواء كان المدعى أو المدعى عليه — بدفع كفالة تقوم هى بتقديرها . فاذا كانت قد حكمت لمصلحة مدعى الحيازة بوقف العمل الجديد وألزمته بالكفالة ، فان هذا الحكم لا ينفذ الا بعد ايداع الكفالة منه ، وتبقى الكفالة مودعة حتى يفصل نهائيا فى النزاع حول الحق . فان حكم فى هذا النزاع لمصلحة مدعى الحيازة استرد ما أودعه ، وان حكم ضده كان للطرف الآخر أن يرجع على هذه الكفالة للحصول على تعويض الضرر الذى أصابه من جراء وقف العمل الجديد بغير حق . فاذا حكمت محكمة الحيازة لمصلحة المدعى عليه ، فقضت بالاستمرار فى العمل الجديد ، والزمته بدفع كفالة ، فان الكفالة تبقى أيضا مودعة حتى يفصل نهائيا فى النزاع حول الحق . فان حكم فيه لمصلحة المدعى عليه فى الحيازة استرد ما أودعه ، وان حكم ضده كان للطرف الآخر أن يرجع على هذه الكفالة للحصول على تعويض الضرر الذى أصابه من جراء الاستمرار فى العمل الجديد بغير حق .

وهذا النص معيب لأنه يتجاهل طبيعة دعاوى الحيازة كدعاوى موضوعية تحقق حماية نهائية للحيازة كمركز قانونى يختلف عن الحق . ولا يستقيم هذا النص الا مع اعتبار دعوى الحيازة دعوى وقتية مساعدة لدعوى الحق . وهو اعتبار خاطىء (١) .

---

(١) واذا كان القانون الايطالى يشتمل على نص مقابل للنص المصرى الخاص بالكفالة (مادة ١٧١١ من المجموعة المدنية الايطالية) ، فان الوضع فى ايطاليا مختلف ، ويكون النقل عن التشريع الايطالى نقلا فى غير موضعه . ذلك أن القانون الايطالى لا ينظم دعوى وقف الاعمال الجديدة باعتبارها دعوى حيازة ، بل تعتبر دعوى وقتية تحقق لصاحب الحق الموضوعى حماية وقتية الى حين الفصل فى دعوى الحق . أما دعوى وقف الأعمال الجديدة فى القانون المصرى فهى احدى دعاوى الحيازة التى تحمى الحيازة كمركز قانونى مستقل . (انظر : رمزى سيف — بند ١٣٠ ص ١٦٣) .

ولا يستقيم ما يذهب اليه البعض فى مصر (١) • تأييدا لنص المادة ٢/٩٦٢ مدنى — من أن دعوى وقف الأعمال الجديدة فى القانون المصرى هى دعوى وقتية المطلوب فيها هو الحكم باجراء وقتى الى حين الفصل فى الموضوع ، وأن الموضوع المقصود هنا هو موضوع الحيازة وليس موضوع الحق • فهذا الرأى يتجاهل أن دعوى وقف الأعمال الجديدة فى مصر لا تقبل الا بعد ثبوت الحيازة لرافعها ، فهى لا يفصل فيها قبل الفصل فى موضوع الحيازة (٢) •

(ب) واذا كانت الدعوى هى استرداد حيازة ، فان المحكمة — اذا توافرت شروط الدعوى — تحكم برد الحيازة الى الحائز •

(جـ) أما اذا كانت الدعوى هى دعوى منع التعرض ، فان الحكم لصالح المدعى يختلف مضمونه حسب نوع التعرض : فان كان تعرضا قانونيا ، فانه يكفى لحماية الحيازة مجرد صدور حكم بمنع التعرض • وهو حكم مقرر يؤكد الحيازة للحائز • أما اذا كان التعرض ماديا ، فان الحكم بمنع التعرض فضلا عن تأكيده للحيازة يأمر باتخاذ جميع الاجراءات اللازمة لازالة التعرض • فان كان التعرض قد حدث بوقائع مادية مستمرة صادرة من المتعرض فان المحكمة تستطيع أن تلزمه بغرامة تهديدية astreinte ضمانا لاحترام أمرها له بالكف عن تعرضه • واذا كان المتعرض قد بنى حائطا أو زرع أشجارا أو أقام مبنى فى العقار ، فان المحكمة تأمر بازالة هذا الحائط أو بقلع الاشجار أو بهدم المبنى (٣) •

ويلاحظ أن المحكمة فى قضائها بحماية الحيازة لا تتقيد بالتكييف

---

(١) احمد مسلم : اصول المرافعات بند ٣٣٦ ص ٣٧٧ . وجدى راغب : مبادىء — ص ١٩٩ — ٢٠٠ .

(٢) وهذا ما افصحت عنه بدقة محكمة النقض المصرية عندما قررت ان الفصل فى دعوى وقف الاعمال الجديدة يقضى فيها على أساس « ثبوت الحيازة القانونية وتوافر اركانها والشروط اللازمة لحمايتها » اما الدعوى المستعجلة فيقضى فيها بقرار وقتى « يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الاولى انه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله اذا ما فات عليه الوقت » (نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٤٧ — ٢٠) . انظر عكس هذا فى اعتبار دعوى وقف الاعمال الجديدة دعوى دقتية : وجدى راغب — مبادىء ص ١٩٧ — ١٩٨ .

(٣) نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٢٩٦ — ٤٥ .

الذى يعطيه المدعى لدعواه ، فان تبين للمحكمة أن ما يطلبه المدعى هو فى الواقع دعوى حق وليس دعوى حيازة ، فانها تنظر فى الطلب باعتباره كذلك (١) • ومن ناحية أخرى ، اذا طلب المدعى منع التعرض وتبين لها أن الدعوى هى دعوى استرداد حيازة وأن شروط هذه الأخيرة متوافرة ، فانها لا تقضى برفض الدعوى وانما تحكم برد الحيازة (٢) • وأيا كانت دعوى الحيازة ، فان المحكمة تستطيع ـ بناء على طلب المدعى ـ أن تقضى الى جانب حكمها بحماية الحيازة بالتعويض لصالح الحائز اذا توافرت شروط المسئولية عن العمل الضار (٣) •

٦٤ ـ حجية الحكم فى دعاوى الحيازة : تطبيقا للقواعد العامة فى حجية الأمر المقضى ، للحكم الصادر فى دعوى الحيازة حجية الأمر المقضى بالنسبة لما فصل فيه • وتتيجة لهذا اذا رفع شخص دعوى منع التعرض بالنسبة لتعرض معين وخسر الدعوى ، فانه لا يستطيع أن يعود فيرفع نفس الدعوى مرة أخرى • والحجية قاصرة على الدعوى التى فصل فيها الحكم • ولهذا (٤) :

(أ) لا حجية لحكم فى دعوى الحيازة بالنسبة لدعوى حيازة أخرى الا فيما يتعلق بالتقرير الذى يتضمنه هذا الحكم • فاذا حكم فى الدعوى الأولى بتوافر الحيازة القانونية أو بعدم توافرها فان لهذا التقرير حجية فى الدعوى الثانية التى ترفع على أساس توافر هذه الحيازة • أما اذا كانت الدعوى الثانية تستند الى حيازة مادية فانها يمكن أن تقبل رغم سبق الحكم بعدم توافر الحيازة القانونية • كذلك اذا حكم فى دعوى على أساس أن الحيازة لا تتوافر فيها الأوصاف التى يتطلبها القانون ، فان لهذا الحكم حجيته ، فلا يجوز رفع دعوى حيازة جديدة لحماية نفس هذه الحيازة • أما اذا حكم برفض دعوى استرداد الحيازة على أساس

---

(١) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ٩٢٤ ـ ١٣٦ •

(٢) نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ـ المحاماة ٣٦ ـ ٥٣ •

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢١٤ مكرر ص ١٩١ •

(٤) انظر : سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢١٤ مكرر ص ١٩١ • أحمد أبو الوفا : المرافعات بند ١٥٧ ص ٢٣٤ وبند ١٦٧ ص ٢٥٣ •

أن الحيازة لم تسلب ، فلا يوجد ما يمنع من رفع دعوى منع تعرض على أساس وجود تعرض لم يصل الى حد سلب الحيازة .

(ب) ليس للحكم فى دعوى الحيازة أية حجية بالنسبة لدعوى الحق سواء كان حقا عينيا أو شخصيا . ذلك أن دعوى الحق تختلف فى محلها عن دعوى الحيازة (١) . ولهذا فان للمحكمة أن تقضى بالحق لمن خسر دعوى الحيازة . ومن ناحية أخرى ، فان للمحكمة وهى تنظر دعوى الحق أن تتجاهل كل ما قررة قاضى الحيازة بالنسبة للاقرارات وغيرها من الأدلة المثبتة للحيازة .

---

(١) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٦٨١ — مجموعة النقض ١٩ — ٦٥ — ٩٦ .

الباب الثالث

صور الحماية القضائية

٦٥ ـ تمهيد وتقسيم : اذا كانت الدعوى فى القانون الحديث ليست محددة أو مسماة ، اذ توجد دعوى ـ كما قدمنا ـ كلما وجدت حاجة لتدخل القضاء لرد الاعتداء ، فان صور الحماية القضائية التى تهدف اليها هذه الدعاوى محددة فى تنظيمنا القانونى مقدما وغير متروكة لرغبة المدعى أو لتقدير القاضى (١) .

واذا اقتصرنا على الحماية التى يمنحها القضاء المدنى ، فاننا نجد أن هذه الحماية يمكن أن تمنح فى احدى صور ثلاث :

(أ) صورة تأكيد من القضاء لحق أو مركز قانونى معين يمكن أن نسميه بالقضاء الموضوعى (٢) . وهذا القضاء قد يقتصر على مجرد تقرير الحق أو المركز القانونى ، فيسمى بالقضاء التقريرى . وقد لا يقتصر الامر على مجرد التقرير بل ينشأ عن هذا التقرير تغيير فى مركز قانونى قائم وانشاء لمركز جديد ، فيسمى بالقضاء المنشىء . وقد يتخذ القضاء صورة الزام بأداء معين فيسمى بقضاء الالزام . ويقابل كل صورة من صور هذا القضاء نوع متميز من الدعاوى : **الدعوى التقريرية والدعوى المنشئة ، ودعوى الالزام** .

(ب) تنفيذ جبرى : وهى صورة من صور الحماية القضائية (٣) تمنح عندما لايكفى مجرد صدور قضاء مؤكد للحق لرد الاعتداء ، ذلك أن الاعتداء على الحق أو المركز القانونى قد لا يقف عند حد انكاره أو

---

(١) ميكيلى : جزء أول ـ بند ١١ ص ٤٢ .

(٢) انظر : وجدى راغب ـ الموجز ص ٤٥ وما بعدها .

(٣) واعتبار التنفيذ الجبرى احدى صور الحماية القضائية لم يعد محل شك فى الفقه الحديث . التنفيذ الجبرى ـ للمؤلف ـ بند ٩ .

معارضته ، بل قد يصل الى حد احداث تغيير مادى مخالف له فلا تتأتى حمايته الا باتخاذ وسائل مادية لاعادة مطابقة المركز الواقعى للمركز القانونى . وفى هذه الحالة ، يخول التنظيم القانونى الدائن — للحصول على حماية قضاء التنفيذ — الحق فى التنفيذ الجبرى .

(جـ) حماية وقتية : وهى صورة من صور الحماية القضائية تمنح مؤقتا الى حين الحصول على الحماية القضائية كاملة سواء كانت هذه الأخيرة فى صورة تأكيد للحق أو المركز القانونى أو فى صورة تنفيذ جبرى .

ونترك جانبا الحماية القضائية التى تمنح فى صورة تنفيذ جبرى أو فى صورة حماية وقتية تمهيدا للتنفيذ الجبرى ، فهذه وتلك نتناولها فى مؤلف مستقل (١) . ونقتصر على دراسة صور الحماية القضائية الموضوعية التى تتم بتأكيد للحق أو للمركز القانونى ، والحماية الوقتية المتعلقة بها .

الفصل الأول

القضاء الموضوعى

المبحث الاول

القضاء التقريرى

٦٦ — **تعريف :** القضاء التقريرى هو القضاء الذى يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى أو واقعة قانونية ، وبهذا يزول الشك القائم حول هذا الوجود (٢) . وتسمى الدعوى التى ترمى الى الحصول على هذا القضاء بالدعوى التقريرية . ومن أمثلتها الدعوى التى للوارث ضد من يشكك فى صفته للحصول على قضاء يقرر أنه وارث ، وحاجته الى هذا

---

(١) التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية للمؤلف — ١٩٨٤ .

(٢) زانزوكى : جزء أول بند ١٠ ص ١٣٩ . ليبمان : جزء أول بند ٢٣ ص ٦٢ . كيوفندا : نظم جزء أول بند ٥٩ ص ١٨٥ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٢٣ ص ٢٠٩ . وجدى راغب الموجز ص ٥٤ .

القضاء واضحة ، اذ تأكيد صفته كوارث لبعض الاموال يمكنه من حرية التصرف فيها .

وفي هذه الصورة من صور الحماية القضائية ينظر الى الحق أو المركز القانوني في ذاته من حيث وجوده في الحياة القانونية ، وذلك بصرف النظر عن مضمونه . ولهذا فان صورة الحماية هنا لا تواجه اعتداء ظهر في شكل مخالفة لالتزام ، فالحق أو المركز القانوني في ذاته لا يقابله أي التزام (١) ، وانما تواجه مجرد اعتراض . وهذا الاعتراض يكفي لرده مجرد صدور قضاء يقرر وجود هذا الحق أو المركز القانوني ، اذ هذا التقرير « الرسمي » يزيل حالة عدم التأكيد التي أثارها الاعتراض ، وذلك دون حاجة لأن يتضمن أي الزام (٢) .

والواقع أن كل قضاء موضوعي يتضمن تقرير وجود حق أو مركز قانوني أو عدم وجوده ، فهذا التقرير يعتبر مفترضا ضروريا لأي قضاء ولو كان قضاء الزام أو قضاء منشئا . ولكن القضاء التقريري يتميز بأن التقرير فيه يعتبر هو الهدف الوحيد . فالدعوى التقريرية لا ترمي الى تقرير وجود حق لالزام الخصم بأداء معين أو للحصول على تغيير للحالة القانونية ، وانما ترمي فقط الى تقرير وجود حق المدعي أو تقرير عدم وجود حق المدعى عليه . فهي ترمي الى التقرير كهدف نهائي (٣) . فالحماية القضائية تتم بمجرد التقرير .

٦٧ — دعوى قطع النزاع (٤) :

ترمي دعوى قطع النزاع أو الدعوى التحريضية Provocatoire كالدعوى التقريرية — الى ازالة الشك حول مركز قانوني ، ولكن بطريقة غير مباشرة . فبدلا من طلب التقرير مباشرة يقوم المدعي في دعوى قطع

---

(١) ساتا : بند ١٤١ ص ٢٠٤ .
(٢) روكو : الحكم المدني بند ٥٣ ص ١٢٣ — ١٢٤ .
(٣) كيوفندا : نظم جزء اول بند ٥٩ ص ١٨٦ . كوستا : بند ٢٦ ص ٣٢ . ليبمان : الاشارة السابقة . زانزوكي : الاشارة السابقة .
(٤) انظر بالتفصيل : كيوفندا : نظم جزء اول بند ٦٠ ص ١٧٨ — ١٩٠ .

النزاع بدعــوة المدعى عليه الى عرض ادعــائه ــ الذى يزعمــه خارج مجلس القضاء ــ على القاضى ، فان لم يستطع اثباته فانه يلتزم بالصمت وعدم المنازعة فى المستقبل . ويميل رأى الى قبول هذه الدعوى بشرط أن تكون مزاعم من ترفع عليه الدعوى « قد صدرت بفعل علنى وبلغت من التعيين والتحديد مبلغا يضر بحقوق خصمه أو بسمعته » (١) فلا تكون « مجرد تخرصات فارغة ليس لها أثر يعتد به » (٢) .

على أننا نعتقد أنه يجب عدم قبول هذه الدعوى . فهى دعوى غير طبيعية لا يعرف فيها من المدعى ومن المدعى عليه ، ومن الذى عليه عبء الاثبات ، وهل ترفع أمام محكمــة المدعى أو المدعى عليــه (٣) . وهى دعوى يؤدى التسليم بوجودها الى انكار مبدأ أساسى هو أن الدعوى حق ، لصاحبه أن يستعمله أو لا يستعمله ، فلا يجوز اجبار شخص على عرض دعواه أمام القضاء (٤) . والواقع أن الهدف الذى ترمى اليه هــذه الدعوى يمكن الحصول عليه ــ بطريقة طبيعية ــ بواسـطة الدعــوى التقريرية . وقد لاحظ الفقه الفرنسى الحديث ــ بحق ــ أنه اذا كان يجب لقبول دعوى قطع النزاع أن تكون المزاعم محددة وليست مجرد تخرصات، فان الدعوى التى ترفع عندئذ من المعتدى عليه ليست فى حقيقتها دعوى قطع نزاع ولكنها دعوى تقريرية (٥) .

٦٨ ــ **الدعوى التقريرية فى القانون المصرى :** رغم أن القانون المصرى لا يتضمن نصا يأخذ صراحة بالدعوى التقريرية (٦) الا أننا نرى مع هذا

---

(١) رمزى سيف : الوسيط : بند ٨٩ ص ١٢٤ ــ ١٢٥ . أبو الوفا : المرافعات : بند ١١١ ص ٢٠٠ ــ ٢٠١ .

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصرى سنة ١٩٤٩ .

(٣) كيوفندا : نظم ــ جزء أول بند ٦٠ ص ١٩٠ .

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٣٢ ص ٢٠٩ .

(٥) سوليس وبيرو : جزء أول ــ الاشارة السابقة . وانظـر تأييدا لذلك : ابراهيم سعد ــ جزء أول ــ ص ١٥٩ ــ ١٦٠ .

(٦) يمكن اعتبار نص المادة ٣ مرافعات مصرى على أنه « تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق =

وجوب قبولها (١) • فالدعوى التقريرية تهدف الى ازالة ما يثور من شك حول الحق أو المركز القانونى ، بتأكيد وجوده أو عدم وجوده • وهى بهذا تضفى الاستقرار على روابط الافـراد فى المجتمع مما يسـاعد على تنميتها • اذ بتقرير وجود مركز قانونى يصبح ذوو الشـأن مطمئنين الى التصرف فى المستقبل دون خوف • وبتقرير عدم وجوده لا يضيع وقتهم ، ويتصرفون غير معتمدين عليه وغير معرضين أنفسهم لأية مسئولية (٢) •

وقد اعترض البعض على هذه الدعوى (٣) بأن قبولها سيؤدى الى جعل وظيفة القضاء أقرب الى الافتاء النظرى ، بغير حاجة حقيقية الى حماية القضاء • وأنه لا يوجد نص صريح يقررها • وأنه لا مصلحة لصاحب الحق أو الطرف فى الرابطة القانونية فى الحصول على قضاء تقـريرى • فيمكن مثلا للطرف فى عقد باطل أن ينتظر الى حين مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ العقد وعندئذ يستطيع أن يدفع بالبطلان • ولكن هذه الاعتراضات يمكن الرد عليها بسهولة : فمن ناحية ، لا يمكن أن تؤدى الدعوى التقريرية الى جعل القضاء كالافتاء ، ذلك أن هذه الدعوى لا تنشأ الا بصدد مركز

=

لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » متضمنا اشارة الى قبول الدعوى التقريرية فى القانون المصرى . فقد ورد فى المذكرة الايضاحية لمشروع مجموعة المرافعات سنة ١٩٤٩ تعليقا على المادة الرابعة من تلك المجموعة — وهو نص مطابق للمادة ٣ من مجموعة ١٩٦٨ — أن « هذا الحكم الجديد يتيح من الدعاوى أنواعا اختلف الرأى فى شأن قبولها مع توافر المصلحة فيها » واضاف انه يعتبر تطبيقا لهذا النص دعوى التزوير الاصلية وهى — كما نعلم — دعوى تقريرية . وقد ذهب البعض فى مصر استنادا الى هذا النص الى القول بقبول « بعض » الدعاوى التقريرية : وهى تلك التى جرى القضاء على قبولها ، دون غيرها . (أنظر : رمزى سيف — بند ٩٠ ص ١٢٦) .

(١) وجدى راغب : رسالة — ص ٢٥٥ وما بعدها . محمد عبد الخالق عمر : رسالته بند ٢٣٧ ص ١١٦ سوليس وبيرو : جزء اول بند ٢٣٣ ص ١٢٠ . كوستا : بند ٢٦ ص ٣٢ . دونوفريو : تعليق — جزء أول بند ٣٥٢ ص ٣٤٧ .

(٢) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ٥٩ ص ١٨٧ .

(٣) انظر : سوليس وبيرو : جزء اول بند ٢٣٠ ص ٢٠٦ — ٢٠٧ . وبند ٢٣٣ ص ٢١٠ . زانزوكى : جزء اول بند ١١ ص ١٣٠ — ١٣١ . ليبمان : جزء اول بند ٢٣ ص ٦٣ . ميكيلى : جزء أول بند ١٣ ص ٤٥ .

قانونى محدد يقوم بشأنه شك حقيقى . وهو ما يعنى أيضا أن الحاجة الى الحماية القضائية بواسطة قضاء تقريرى هى حاجة حقيقية ، ولهذا تنشأ المصلحة فى الدعوى التقريرية . أما القول بعدم وجود نص صريح يقررها فهو قول يناقضه أن الدعوى عموما فى القانون الحديث ليست فى حاجة الى نص تشريعى ، اذ أنها توجد كلما وجدت حاجة لحماية حق أو مركز قانونى ، وبقدر هذه الحاجة . والواقع — كما لوحظ بحق — أن التأكيد يعتبر منفعة تستحق الحماية لذاتها بصورة مستقلة من صور الحماية القضائية (١) .

٦٩ — صور الدعوى التقريرية : قد ترمى الدعوى التقريرية الى تقرير سلبى ، وقد ترمى الى تقرير ايجابى (٢) . التقرير السلبى يحدث بتقرير عدم وجود حق أو مركز قانونى . ومن أمثلة دعوى التقرير السلبى : الدعوى التى يرفعها المالك لتقرير عدم وجود حق ارتفاق لشخص على ما يملكه ، وتسمى دعوى نفى الارتفاق . والدعوى التى يرفعها شخص ملتزم بموجب عقد يطلب فيها تقرير بطلان هذا العقد ، وتعتبر هذه الدعوى مقبولة ولو كان الطرف الآخر لم يطالب بتنفيذ العقد (٣) . والدعوى التى يرفعها موصى له يطلب فيها بطلان شرط وارد فى الوصية كما لو تضمنت الوصية شرطا بألا يتزوج الموصى له (٤) . وهذه الدعوى تقبل ولو قبل عقد الزواج أو المنازعة فى حق الموصى له فى الزواج . ومن أمثلتها أيضا دعوى براءة الذمة التى يرفعها المدين فى مواجهة دائنه (٥) .

أما التقرير الايجابى فانه يحدث بتقرير وجود حق أو مركز قانونى معين . ومن أمثلة دعوى التقرير الايجابى : دعوى تقرير بنوة شرعية أو

---

(١) ميكيلى : جزء أول بند ١٣ ص ٤٤ .

(٢) زانزوكى : جزء أول بند ١٣ ص ١٢٣ ، كارنيلوتى : نظم — جزء أول بند ٣٣ ص ٣٤ . كيوفندا : نظم — جزء أول بند ٥٩ ص ١٨٦ .

(٣) ساتا : بند ١٤١ ص ٢٠٥ . رمزى سيف : الوسيط بند ٩٠ ص ١٢٦ .

(٤) زانزوكى : جزء أول بند ١٢ ص ١٣١ .

(٥) وجدى راغب : رسالة ص ٢٥٠ .

اثبات النسب الشرعى ، دعوى اثبات الجنسية • وتعتبر هذه الدعوى مقبولة ولو كانت الدولة لم ترفض منح المدعى ما يثبت جنسيته ، ما دام قد قام شك حولها (١) •

٧٠ - شروط الدعوى التقرية :

١ - مركز قانونى أو رابطة قانونية يراد حمايته بالقضاء التقريرى • وتكون هذه الحماية بتقرير وجود هذا المركز أو الرابطة القانونية ، أو بتقرير عدم وجود رابطة أو مركز قانونى يتعارض وجوده مع مركز صاحب الدعوى •

وسواء كان التقرير ايجابيا أو سلبيا فانه يمكن أن يتعلق برابطة قانونية بأكملها (مثلا وجود رابطة عقدية أو عدم وجودها) ، أو بعنصر فيها (صحة شرط أو بطلانه) • على أن الرابطة القانونية - أو المركز القانونى - محل التقرير يجب أن تكون محددة concreto • فلا يجوز - مثلا - لشخص رفع دعوى براءة الذمة دون تحديد الدين الذى يريد تقرير براءة ذمته منه •

ويجب أن يرد التقرير - سلبا أو ايجابا - على رابطة قانونية أو مركز قانونى • فلا يجوز رفع دعوى لتحديد القانون الواجب التطبيق على رابطة قانونية (٢) • كما لا يجوز أن تكون محلا للدعوى التقريرية مجرد واقعة (٣) ، كواقعة وجود مساكنة غير شرعية بين شخصين • ولا يستثنى من هذا الا حيث ينص القانون صراحة على قبول دعوى لتقرير وجود واقعة (٤) • من هذه ما تنص عليه المادة ٤٥ من قانون الاثبات من قبول دعوى تحقيق الخطوط الاصلية ، فيجوز للدائن الذى بيده سند أن يرفع دعوى تقريرية لاثبات صحة السند أو صحة توقيع المدين عليه •

---

(١) رمزى سيف : بند ٩١ ص ١٢٧ - ١٣٠ .

(٢) زانزوكى : جزء اول بند ١٤ ص ١٣٣ - ١٣٤ .

(٣) كوستا : بند ٢٦ ص ٣٥ .

(٤) زانزوكى : المرجع والاشارة السابقة .

٢ ــ اعتداء : وهو يتخذ صورة شك ضار بالمدعى حول وجود الرابطة القانونية أو المركز القانونى محل الحماية (١) • وهذا الشك يعتبر اعتداء لأن الشخص يصبح بتحققه فى حاجة الى تأكيد وجود حقه أو مركزه القانونى تأكيدا قضائيا لامكان الانتفاع به • على أن هذا الشك يجب أن يكون موضوعيا • فلا يكفى لنشأة الدعوى التقريرية حالة الشك التى توجد لدى المدعى ، باعتقاده الشخصى • وانما يجب أن توجد وقائع أو أعمال خارجية من شأنها أن تبعث الشك حول المركز القانونى للمدعى لدى الشخص العادى (٢) • كادعاء جاد من شخص بملكية مال للمدعى يظهر فى صورة انذار من المعتدى الى مستأجر هذا المال ، أو وجود شرط باطل فى وصية يمنع من تحديد المركز القانونى للمدعى • ومن ناحية أخرى ، يجب أن يكون الشك حقيقيا بمعنى أن يتضمن تهديدا فعليا ومحددا للحق أو المركز القانونى من شأنه أن يرتب له ضررا محدقا (٣) •

٣ ــ الصفة : ينشأ الحق فى الدعوى التقريرية لصاحب الحق أو المركز القانونى الذى يراد حمايته بالتقرير • ويقع على هذا الشخص عبء الاثبات سواء تعلق الامر بدعوى تقرير ايجابية أو بدعوى تقرير سلبية • فى الحالة الاولى عليه اثبات وجود الحق أو المركز القانونى محل التقرير ، وفى الحالة الثانية عليه اثبات عدم وجوده (٤) • وفى هذا الشأن يبدو الفارق الاساسى بين الدعوى التقريرية ، ودعوى قطع النزاع (٥) • أما من توجه الدعوى التقريرية فى مواجهته فهو فى الرأى الغالب ليس فقط الطرف السلبى فى الرابطة القانونية أو المركز القانونى محل التقرير ، وانما أيضا من اعتدى على هذا المركز اذا كان غير الطرف السلبى فيه (٦) •

---

(١) كوستا ، بند ٢٦ ص ٣٤ .

(٢) زانزوكى : جزء أول بند ١٤ ص ١٣٣ . ليبمان : جزء أول بند ٢٣ ص ٦٣ .

(٣) ميكيلى : جزء أول بند ١٣ ص ٤٥ .

(٤) وهو فى حالة التقرير السلبى غير الحق أو المركز القانونى المطلوب حمايته والذى تفترض الدعوى وجوده .

(٥) زانزوكى : جزء أول بند ١٤ ص ١٣٢ .

(٦) زانزوكى : المرجع والاشارة السابقة .

٧١ — حجية القضاء التقريرى : يحوز القضاء التقريرى بمجرد صدوره حجية الامر المقضى ، وذلك بالنسبة لما يتضمنه من تأكيد وجود الرابطة القانونية أو المركز القانونى أو الواقعة القانونية (حيث يجوز أن يكون محله مجرد واقعة) (١) ولا يجوز بعده رفع دعوى أمام القضاء بخصوص نفس الحق أو الواقعة القانونية الا أن تكون دعوى الزام . كما لو قضى بصحة عقد، فانه يمكن استنادا الى هذا القضاء رفع دعوى للمطالبة بتنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد . وتكون المحكمة المرفوعة اليها الدعوى عندئذ مقيدة بما قرره القضاء التقريرى .

المبحث الثانى

القضاء المنشىء

٧٢ — تعريف : القضاء التقريرى هو الذى يقرر حقا ، فينشأ عن هذا التقرير تغيير مركز قانونى سابق (٢) . وتسمى الدعوى التى تهدف الى الحصول على هذا القضاء بالدعوى المنشئة Constitutive ولبيان الفارق بين القضاء التقريرى والقضاء المنشىء يمكن اعطاء المثال التالى : اذا رفعت دعوى ببطلان عقد من العقود ، وقضى بالبطلان ، فان هذا القضاء لا يضيف جديدا الى المركز القانونى السابق ، اذ العقد كان باطلا منذ نشأته ولم يفعل القضاء سوى تقرير هذا البطلان ، وبهذا أزال الشك حول بطلان العقد . أما اذا رفعت دعوى ابطال ، وقضى بابطال العقد، ففى هذه الحالة يترتب البطلان على هذا القضاء اذ العقد قبل صدوره كان صحيحا ، وان كان قابلا للابطال (٣) . فالقضاء بالابطال قضاء منشىء .

ويتميز القضاء المنشىء بأنه يقرر حقا اراديا (٤) . والحق الارادى هو حق يتكون من سلطة احداث أثر قانونى بارادة صاحبه . وهذا الاثر اما

---

(١) زانزوكى : جزء أول بند ١٥ ص ١٣٤ .

(٢) كوستا : بند ٢٨ ص ٣٤ . زانزوكى : جزء أول بند ٢١ ص ١٣٩

(٣) ليبمان : جزء أول بند ٢٦ ص ٧٠ — ٧١ .

(٤) زانزوكى : جزء أول بند ٢١ ص ١٤٢ — ١٤٣ . وجدى راغب : الموجز ص ٦١ وقارن : ميكيلى — جزء أول بند ١٧ ص ٦٢ .

أن يكون نشأة حق جديد أو مركز قانونى جديد ؛ أو تعديل مركز قائم أو انهاءه . ويترتب هذا الاثر لصالح صاحب الحق فى مواجهة الطرف السلبى له . وهذا الاخير لا يلتزم بأى أداء ، فهو انما يخضع للاثر القانونى . والخضوع حالة قانونية لا تتطلب اشتراك ارادة الشخص الخاضع ولا تقتضى تدخله . ومن ناحية أخرى ؛ فانه لا يستطيع أن يمنع هذا الاثر القانونى . ومن أمثلة الحقوق الاراديه : حق المتعاقد فى فسخ العقد أو فى ابطاله ، حق الواهب فى الرجوع فى الهبة ؛ حق الشريك فى تصفية الشركة (١) .

وقد يتم انشاء الاثر القانونى ؛ بمجرد اعلان ارادة صاحب الحق . وفى هذه الحالة لا ضرورة لصدور عمل قضائى . مثال : حق الموكل فى عزل الوكيل ، فهو يستعمل باعلان من الموكل الى الوكيل . فاذا حدث نزاع حول استعمال هذا الحق ، فان القضاء الذى يقرر استعماله يعتبر قضاء تقريريا ، اذ هو لايفعل سوى تقرير مركز قانونى سبق انتاجه بارادة صاحب الحق (٢) . على أن التغيير القانونى قد يستلزم صدور عمل قضائى ، ويحدث هذا عندما يجد التنظيم القانونى أن المركز القانونى الذى سينشأ أو ينقضى نتيجة هذا التغيير يهم المجتمع أو مصالح الغير ، مما يقتضى اخضاعه لقرار يصدر من القضاء . وعندئذ فان الدعوى التى ترفع للحصول على هذا القرار اللازم لاحداث التغيير القانونى هى دعوى منشئة ، ويعتبر هذ القرار قضاء منشئا . فهنا لا ينتج الحق الارادى أثره مباشرة ، وانما يلزم لانتاج أثره صدور قرار قضائى يقرر توافر الشروط القانونية اللازمة لانتاج الاثر ، أى لاحداث التغيير القانونى . وهكذا بعد صدور الحكم يحدث التغير وليس قبله . حقيقة أن الحكم لا يفعل سوى تقرير الحق الارادى ، ولكن بهذا التقرير وحده يحدث التغيير .

ومن المقرر أن الدعوى المنشئة لا توجد الا فى الحالات التى ينص عليها القانون . وفى هذا تختلف الدعوى المنشئة عن الدعاوى الأخرى

(١) أنظر مناهج البحث فى قانون المرافعات — للمؤلف — بند ١٩ ص ٢٩ .

(٢) كوستا : بند ٢٧ ص ٣٥ . زانزوكى : جزء أول بند ٢١ ص ١٤٠ .

التى لا تحتاج الى نص خاص • وترجع الحاجة الى وجود نص خاص بالنسبة لكل دعوى منشئة الى أن هذه الدعوى تتعلق بحق ارادى الأصل أن يستعمل بمحض اعلان ارادة من صاحبه • وهو لهذا لايحتاج الى قرار قضائى ، وبالتالى الى دعوى قضائية ، الا حيث يرى القانون عدم كفاية اعلان الارادة وحده لانتاج الأثر القانونى (١) • ومن الأمثلة التشريعية فى القانون المصرى : دعوى شهر الافلاس ـ دعوى الشفعة ـ دعوى حل شركة أو جمعية •

٧٣ ـ شروط الدعوى المنشئة :

١ ـ حق : والحق هنا هو الحق الارادى الذى سبق تحديده ؛ والذى يقوم العمل القضائى بتقريره •

٢ ـ الاعتداء : وهذا الشرط لا يظهر بالنسبة للدعوى المنشئة بصورة متميزة • فبمجرد وجود حق ارادى من النوع الذى لا يستعمل الا بواسطة قرار قضائى ، فان صاحب هذا الحق يعتبر فى حاجة الى الحصول على هذا القرار (٢) • قد يحدث ألا ينشأ الحق الارادى الانتيجة لاعتداء من الطرف الآخر • مثال : الحق فى الفسخ القضائى ينشأ نتيجة عدم وفاء الطرف الآخر بالتزامه • ولكن الاعتداء هنا يعتبر سببا لنشأة الحق الارادى وبمجرد وجود هذا الحق ينشأ الحق فى الدعوى • ولهذا فانه يوجد بوجود هذا الحق الأخير ولو كان وجود هذا الأخير ليس نتيجة اعتداء • فحق الشريك على الشيوع فى قسمة المال الشائع هو حق ارادى تحميه دعوى القسمة • ويوجد حق الشريك فى الدعوى بغير أى اعتداء من الخصم بل لمجرد وجود حالة الشيوع • وعلة عدم اشتراط الاعتداء على الحق الارادى أن هذا الحق بطبيعته لا يلقى على عاتق الطرف السلبى أى التزام يتصور منه أن يخالفه (٣) •

---

(١) زانزوكى : جزء أول بند ٢٢ ص ١٤٣ وما بعدها .

(٢) كوستا : بند ٢٩ ص ٣٧ : كيوفندا : نظم ـ جزء أول بند ٥٤ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ . زانزوكى : جزء أول بند ٣٥ ص ١٤٥ .

(٣) زانزوكى : جزء أول بند ٢٥ ص ١٤٥ .

٣ ــ الصفة : وتثبت الصفة الايجابية لصاحب الحق الارادى • وتكون الصفة السلبية لدى الطرف السلبى فى هذا الحق • فدعوى الفسخ تكون للطرف الذى له حق الفسخ فى مواجهة الطرف الآخر فى العقد •

٧٤ ــ آثار القضاء المنشىء : لما كان التغيير القانونى يحدث نتيجة للقضاء المنشىء ، ومنذ صدوره (١) • فان لهذا القضاء أثر فورى ex nunc (٢) • على أن المشرع قد يجعل له بنص صريح أثرا رجعيا ، وعندئذ فان التغيير القانونى وان كان لا يحدث الا بصدور القرار القضائى الا أنه يرتد الى وقت سابق • وهذا الوقت السابق قد يكون تاريخ رفع الدعوى ، وقد يكون تاريخ نشأة المركز القانونى الذى كان محلا للتغيير • ومن هذا الحكم القاضى بابطال العقد اذ يرتد أثره الى تاريخ ابرام العقد فيعتبر العقد باطلا منذ ابرامه •

ويكون للعمل القضائى المنشىء حجية الأمر المقضى ، فهو حجة بما قضى به بين الخصوم فى الدعوى •

المبحث الثالث

قضاء الالزام

٧٥ ــ تعريف : قضاء الالزام هو الذى يتضمن الزام المدعى عليه بأداء معين يقبل التنفيذ الجبرى ، وتسمى الدعوى التى ترمى الى الحصول على هذا القضاء بدعوى الالزام Condamnation وهذه الدعوى هى أكثر الدعاوى شيوعا فى الحياة العملية (٣) • فالمدعى عادة لا يقتصر على مجرد طلب تقرير حق أو مركز قانونى بل يطلب الزام المدعى عليه بأداء معين ، امتنع عن أدائه (٤) •

---

(١) فنسان : بند ٨٤ ص ١١٠ . ميكيلى : جزء أول بند ١٧ ص ٦٤ ــ ٦٥ .

(٢) ليبمان : جزء أول بند ٢٦ ص ٧١ . وجدى راغب : رسالة ص ٢٧٦ .

(٣) كوستا : بند ٢٢ ص ٢٨ . كيوفندا : نظم ــ جزء أول بند ٤٣ ص ٦٤ .

(٤) ميكيلى : جزء أول بند ١٤ ص ٤٧ .

وقضاء الالزام شأنه شأن الأعمال القضائية الأخرى لايفعل سوى تقرير مركز قانونى سابق عليه (١) ، ولكنه يتميز عن غيره ، بالنظر الى طبيعة الرابطة القانونية أو المركز القانونى محل التقرير (٢) . فهذا المركز يتميز بأنه حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين . فاذا كان الحق الذى يؤكده القضاء ليس حقا يقابله التزام ، وانما حق ارادى يقابله مجرد خضوع من الطرف الآخر ، فان هذا القضاء لا يعتبر قضاء الزام (٣) . على أنه يلاحظ ما يلى :

١ — لكى يعتبر القضاء قضاء الزام يجب أن يرد التقرير على رابطة حق التزام ، وليس على الرابطة القانونية الأساسية مصدر هذا الحق . ولهذا فانه لا يعتبر قضاء الزام القضاء الذى يقرر وجود رابطة تعاقدية بين شخصين ، وانما يعتبر كذلك القضاء الذى يقرر الحق المعين الذى نشأ عن هذه الرابطة وما يقابله من التزام .

٢ — يستوى أن يكون الحق محل التقرير هو الحق الموضوعى الأصلى للمدعى أم حقا مستمدا منه . فاذا كان الحق العينى لا يقابله التزام فان الاعتداء عليه من شخص معين ينشأ عنه حق فى التعويض أو فى الاسترداد .. الخ . وهذه الحقوق تقابلها التزامات محددة : الالتزام بالتعويض أو الالتزام برد العين الى صاحبها . ولهذا فان القضاء الذى يقرر حقا من هذه الحقوق ، وما يقابله من التزام يعتبر قضاء الزام .

٣ — اذا أكد القضاء الحق وما يقابله من التزام ، فلا يهم بعد هذا أن يتضمن الزاما صريحا أو أمرا للمدين . ذلك أن التزامه مصدره القاعدة القانونية وموجود قبل العمل القضائى . ويكفى تأكيد القضاء لهذا الالتزام ، لكى يعتبر قضاء الزام ويمكن تنفيذه جبرا عنه (٤) .

---

(١) روكو : الحكم المدنى — ص ١٢٤ — ١٢٥ .

(٢) انظر : ماندريولى — بند ٥٥ ص ٢٩٨ وما بعدها .

(٣) كيوفندا . انظر — جزء اول بند ٣٤ ص ١٦٤ وما بعدها . ماندريولى : ص ٢٩٧ — ٢٩٨ .

(٤) روسى : المقالة السابقة — ص ٢١٢ — ٢١٣ .

٧٦ ـ شروط دعوى الالزام : لا تثير دعوى الالزام بالنسبة لشروطها أكثر مما قيل بالنسبة لشروط الدعوى بصفة عامة . على أنه يلاحظ بالنسبة للاعتداء الذى ينشىء الدعوى أن هذا الاعتداء يتكون من مجرد عدم القيام بالأداء الواجب . وقد يكون الاعتداء فى صــورة ايجابية كما هو الحال فى تشييد بناء بالمخالفة للالتزام بعدم البناء . وقد يتم فى صورة سلبية كما هو الحال فى عدم وفاء المشترى بالتزامه بدفع الثمن . ولا يهم ما اذا كان الاعتداء قد تم بعمل ارادى من الملتزم ، فيمكن أن يتكون من حالة واقعية . على أنه يجب لنشأة الحق فى الدعوى ألا يكون المدعى قد ساهم فى وجود هذه الحالة . فاذا كان المدين قد عرض على الدائن الوفاء بالتزام فرفض الدائن فلا يكون لهذا الأخير الحق فى الدعوى (١) .

٧٧ ـ آثار قضاء الالزام : يرتب قضـــاء الالزام دون غيره الآثار التالية :

(أ) حكم الالزام له القوة التنفيذية اذا توافرت الشروط الأخرى التى قد ينص عليها القانون . وعلة هذه القوة أن قضاء الالزام لا يحقق بصدوره الحماية القضائية كاملة . فاذا قضى بالزام البائع بتسليم المشترى المنقول الذى اشتراه فانه لكى يحصل المشترى على حماية كاملة لا يكفيه هــذا القضاء ، بل يجب تسليمه ما اشتراه . وهذا التسليم ـ اذا لم يقم به المدين اختيارا ـ لا يتم الا بالتنفيذ الجبرى (٢) .

(ب) قضاء الالزام وحده يخول الدائن الحصول على حق اختصاص على عقار مدينة . وعلة هذا أن حق الاختصاص هو تأمين الوفاء بالدين ، ولهذا فانه لا حاجة اليه الا حيث يتعلق الأمر بالتزام على عاتق المدين . وقضاء الالزام هو وحده الذى يؤكد التزاما (٣) .

(ج) يترتب على صدور قضاء الالزام وحيازته قوة الأمر المقضى بدء ميعاد جديد لانقضاء الحق فى الدعوى بالتقادم . ويكون هذا الميعاد هو

---

(١) أنظــر بالتفصيل : كيوفندا : جزء أول بند ٤٤ ص ١٦٥ وما بعدها .

(٢) بالتفصيل : التنفيذ الجبرى ـ للمؤلف ـ بند ٢٢ ص ٣٨ .

(٣) زانزوكى : جزء أول بند ١٨ ص ١٣٨ ، كيوفندا : نظم ـ جزء أول بند ٥٠ ص ١٧٢ .

الميعاد العادى (١٥ سنة) ولو كانت الدعوى قبل ذلك خاضعة لميعاد تقادم أقصر (مادة ٣٨٥/٢ مدنى مصرى) • وهذه الخاصية لا تتعلق الا بقضاء الالزام (١) • ويعلل هذا بأن قضاء الالزام يخول وحده الحق فى التنفيذ الجبرى • وهذا الحق لا ينقضى الا بالميعاد العادى للتقادم (٢) •

الفصل الثانى

القضاء الوقتى (المستعجل)
(الدعوى المستعجلة)

٧٨ ـ تعريف : يعرف التنظيم القانونى الى جانب القضاء الموضوعى صورة أخرى من صور الحماية القضائية هى القضاء الوقتى Provisoire أو المستعجل وتسمى الدعوى التى ترمى الى الحصول على قضاء وقتى بالدعوى الوقتية أو المستعجلة (٣) • وعلة تنظيم هذه الصورة من صور الحماية القضائية أنه قد ينقضى وقت قبل أن يتمكن صاحب الحق من رفع دعواه الموضوعية ، كما أنه لابد وأن ينقضى بعض الوقت الى حين الفصل فى هذه الدعوى • وفى هذه الاثناء قد يحدث أن تتعرض الوسائل اللازمة للفصل فى هذه الدعوى للخطر ، كأن يموت أحد الشهود أو يتلف الخصم المال محل النزاع • كما قد يحدث أن يكون حصول المدعى على حماية وقتية لازما لجعل الحماية الموضوعية أكثر فاعلية • فالقضاء الوقتى يضمن تحقيق

---

(١) وجدى راغب : رسالته ـ ص ٢٦٢ — ٢٦٤ .

(٢) وجدى راغب : ، الموجز ص ٦٠ . نقض مدنى ١٩٨٠/١١/٣ ـ فى الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٤٠ ق وتطبيقا لهذا قضى هذا الحكم بأن صدور حكم بالتعويض المؤقت مقداره قرش صاغ يعتبر حكم الزام بالنسبة لهذا القرش ، أما بالنسبة للحق فى التعويض فانه يعتبر حكما تقريريا . ولهذا فان صدور الحكم بالتعويض المؤقت لا يحول دون سقوط دعوى الالزام بالنسبة لتكملة التعويض بالتقادم الثلاثى . وبهذا الحكم عدلت محكمة النقض عن حكم سابق لها (نقض مدنى ١٩٧٩/١/٣١ — فى الطعن رقم ١٠٦٦ لسنة ٤٥ ق .) قررت فيه أن صدور حكم بالتعويض الموقت يؤدى الى أن الدعوى بتكملة التعويض تنقضى بالتقادم الطويل على أساس أنها « فرع من أصل تخضع لما يخضع له وتتقادم بما يتقادم به » .

(٣) كيوفندا : نظم ـ جزء أول بند ٨٢ ص ٢٤١ .

القضاء الموضوعى لوظيفته ، وبالتالى يضمن تحقيق الحماية القضائية الموضوعية على أكمل وجه (١) •

٧٩ — خصائص القضاء الوقتى : يعتبر القضاء الوقتى عملا قضائيا بمعنى الكلمة (٢) • فهو ليس عملا من الأعمال الولائية (٣) •

على أن القضاء الوقتى ، رغم أنه صورة من صور الحماية القضائية ، يتميز عن القضاء الموضوعى بعدة خصائص هى :

١ — القضاء الوقتى له وظيفة مساعدة • فهو يمنح بالنظر الى امكانية صدور قضاء موضوعى محتمل فى المستقبل ، سواء كان هذا القضاء نتيجة دعوى موضوعية رفعت بالفعل أو ينتظر رفعها • ذلك أن القضاء الوقتى انما يرمى الى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لهدفها (٤) • ولهذا فانه اذا فصل فى الدعوى الموضوعية ، فان الدعوى الوقتية تصبح غير مقبولة•

٢ — القضاء الوقتى يمنح بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعى • ولهذا فان الدعوى الوقتية دعوى مجردة (٥) • وعلة هذا أنها مجرد وسيلة للتحفظ أو الاحتياط • ويترتب على هذا التجريد نتيجة هامة هى استقلال الدعوى الوقتية فى شروطها عن شروط الدعوى الموضوعية •

٣ — القضاء الوقتى ذو أثر مؤقت • فهو يرتب أثره الى حين الفصل فى الدعوى الموضوعية • ولهذا فان الحكم الصادر بالحراسة القضائية ينتهى أثره بصدور الحكم بالملكية لأحد الخصوم ، والقضاء بالنفقة الوقتية للدائن الى حين الفصل فى دعوى الدائنية ينتهى أثره بالفصل فى هذه

---

(١) كوستا : بند ٤٢ ص ٥٠ زانزوكى : جزء أول بند ٣٧ ص ١٥٩ .

(٢) زانزوكى : جزء أول ص ١٦٠ . وجدى راغب : رسالة ص ١١٤ .

(٣) Mieheli (G.A.) : La prova a futura memoria, Milano 1937. pp. 37-42.

محمد على راتب ونصر الدين كامل : قضاء الامور المستعجلة : الطبعة الخامسة — جزء أول بند ٧٦ ص ٢٠٦ .

(٤) كارنيلوتى : نظم — جزء أول بند ٤٤ ص ٤٤ .

(٥) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ٨٢ ص ٢٤٢ . ميكلى : جزء أول بند ٢٠ ص ٦٩ .

الدعوى • على أن القضاء الوقتى قد يؤدى أحياناً — من الناحية الفعلية — الى الاستغناء عن رفع دعوى موضوعية • من هذا مثلا اذا قضى مؤقتا بطرد المستأجر من العين المؤجرة وتسليمها الى المؤجر • فقد لا يرفع المستأجر الدعوى الموضوعية ، وبالتالى يحقق الحكم الوقتى عمليا حماية دائمة للمؤجر •

فاذا لم تتوافر هذه الخصائص الثلاث فى قضاء معين فانه لا يعتبر قضاء وقتيا ، ولا تعتبر الدعوى التى ترمى الى الحصول عليه دعوى وقتية وانما تعتبر دعوى موضوعية • ولهذا لاتعتبر دعاوى الحيازة دعاوى وقتية • وقد ذهب البعض الى اعتبار هذه الدعاوى دعاوى وقتية على أساس أنها تحقق حماية وقتية الى حين الفصل فى دعوى الحق (١) • ولكن الرأى الصحيح هو أن دعاوى الحيازة دعاوى موضوعية اذ هى ترمى الى حماية الحيازة كهدف فى ذاته فينقصها ما يميز الدعوى الوقتية من صفة الأداة لخدمة دعوى موضوعية (٢) •

على أنه يلاحظ أن دعوى الحيازة — كأية دعوى موضوعية — قد توجد دعوى وقتية لمساعدتها • فحماية الحيازة تكون بدعوى موضوعية اذا توافرت شروط احدى دعاوى الحيازة التى نص عليها القانون ، كما تكون بدعوى مستعجلة اذا توافرت شروط الدعوى الوقتية • وعندئذ توجد دعوى حيازة مستعجلة تختص بها المحكمة المختصة بالدعاوى المستعجلة (٣) ، ولكنها تعتبر دعوى مساعدة لدعوى الحيازة الموضوعية التى سبق بيان أحكامها عند شرح دعاوى الحيازة •

---

(١) من هذا الراى : ابو الوفا بند ١٦٨ ص ٢٥٤ . وانظر تأييدا لرأينا : وجدى راغب — مبادىء ص ١٧٤ . ولكنه يستثنى من ذلك دعوى وقف الاعمال الجديدة ويعتبرها دعوى وقتية .

(٢) نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٤٧ — ٢٠ سانا : بند ٤٦٥ ص ٥٦٧ .

(٣) محكمة الامور المستعجلة بالقاهرة ١٢ اكتوبر ١٩٧٧ — المحاماة ٥٨ — العددان ١ و ٢ — ص ٨٦ . (يختص قضاء الامور المستعجلة بنظر دعوى استرداد الحيازة اذا توافر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق) .

ولا تعتبر الدعوى الموضوعية دعوى وقتية ولو نص القانون على نظرها « على وجه الاستعجال » أو « على وجه السرعة » . فهذا الوصف ليس من شأنه أن يغير من طبيعة الدعوى الموضوعية أو يخضعها للقواعد الخاصة بالدعوى المستعجلة التى لا تنطبق الا على الدعوى الوقتية (١،٢) .

٨٠ — **الشروط العامة للدعوى الوقتية (المستعجلة)** : عمد المشرع المصرى الى وضع تنظيم خاص لبعض الدعاوى الوقتية ، من هذه دعوى الحراسة القضائية (المادة ٧٢٩ مدنى مصرى وما بعدها) ، ودعوى اثبات الحالة (١٣٣ من قانون الاثبات) ، ودعوى سماع شاهد (مادة ٩٦ من قانون الاثبات) ، والمنازعات الوقتية فى التنفيذ (مادة ٣١٢ مرافعات) . فهذه كلها تعتبر بنص القانون دعاوى مستعجلة . على أنه الى جانب هذه الدعاوى المسماة ، أورد المشرع تنظيما عاما للدعوى الوقتية فى المادة ٤٥ مرافعات .

وتتميز الدعوى الوقتية بالنسبة لشروطها بعنصر الاحتمال سواء بالنسبة للحق محل الحماية أو بالنسبة للاعتداء عليه : وذلك على التفصيل التالى :

(أ) احتمال وجود الحق : يجب لنشأة الدعوى المستعجلة أن يكون هناك احتمال لوجود هذا الحق (٣) . فاذا لم يوجد هذا الاحتمال ، وجب على القاضى رفض الدعوى . وهذا الاحتمال يتوافر بتوافر أمرين :

١ — أن توجد قاعدة قانونية تحمى مالا مما يطلب المدعى حمايته بالدعوى الموضوعية التى ترفع الدعوى الوقتية لخدمتها . واذا طلب الدائن

(١) نقض مدنى فى ١٢ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٤ — ٧٤٠ — ١٣٢ .

(٢) وليس لنص المشرع الان على الفصل فى دعوى موضوعية على وجه السرعة او الاستعجال من اثر قانونى . فهو نص يرمى فقط الى حث المحكمة على السرعة فى الفصل فى دعوى موضوعية معينة دون أن يعنى ذلك اخضاعها لاجراءات خاصة بها . ومن ناحية اخرى ، فان مثل هذا النص ليس من شأنه اخراج الدعوى الوقتية المتعلقة بهذه الدعوى الموضوعية من اختصاص القضاء المستعجل .

(٣) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٨٣ ص ٢٤٣ . ميكيلى : جزء اول بند ص ٦٨ .

القضاء له بنفقة وقتية من مدينه ، فيجب أن يكون حق الدائن من النوع الذى يحميه القانون . فاذا كان — بصرف النظر عن الوقائع — لا يتمتع بحماية القانون ، وجب عدم قبول الدعوى الوقتية . ولهذا فان من يرفع دعوى بدين غير مشروع ليس له حق الدعوى بنفقة وقتية .

٢ — أن تعطى وقائع القضية احتمالا لوجود الحق — محل الحماية الموضوعية — من الناحية الفعلية (١) . ومفاد هذا أن المدعى لا يجب عليه اثبات الواقعة القانونية سبب الحق ، بل يكفى أن يبين من الوقائع ما من شأنه أن يعطى احتمالا لوجود هذا الحق .

(ب) الاستعجال (خطر من التأخير) : أى أن يوجد خوف من احتمال وقوع ضرر بالحق الموضوعى — على فرض احتمال وجوده — اذا لم يحصل المدعى على الحماية الوقتية المطلوبة (٢) . وينص القانون المصرى على هذا الشرط فى المادة ٤٥ مرافعات بقوله أن القاضى المستعجل يحكم « فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت » . ويلاحظ أن الخشية أو الخوف من فوات الوقت يجب أن تكون خشية حالة (٣) . ولهذا فان الحاجة الى الحماية بواسطة القضاء الوقتى هى حاجة حالة وليست محتملة . وهذه الخشية هى الخوف من أن مضى الوقت قد يؤدى بالنظر الى خصومة موضوعية قائمة أو مستقبلة الى الاضرار بالحق المحتمل ، وذلك اما لأنه قد لا يمكن الحصول على قضاء موضوعى لصالح المدعى ، كما فى حالة دعوى سماع الشاهد ، واما لان القضاء فى الموضوع قد يكون غير مجدى ، كما فى حالة دعوى النفقة الوقتية أو دعوى الحراسة القضائية (٤) . وتقدر هذه الخشية موضوعيا بالنظر الى الظروف الموضوعية وليس بالنظر الى اعتقاد المدعى ، أو رغبته ، أو توافقه مع المدعى عليه على وجودها (٥) .

(١) كوستا : بند ٤٣ ص ٥٢ .
(٢) ميكيلى : جزء أول بند ٢٠ ص ٦٨ .
(٣) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ٨٢ ص ٢٤٢ .
(٤) زانزوكى : جزء أول بند ٣٩ ص ١٦٢ .
(٥) محمد على راتب : بند ١٤ ص ٥١ . مصر الكلية المستعجل ٢٢ فبراير ١٩٣٩ — المحاماة ٢١ — ١٠١ — ٥٨ .

أما الضرر الذى يخشى منه فهو محتمل . ويختلف مضمون الدعوى الوقتية بحسب هـذا الضرر ، اذ تمنح بالقدر الكـافى للوقاية منه (١) . على أنه يلاحظ أنه لا عبرة بأى ضرر محتمل بالمدعى مالم يكن ضررا بنفس الحق الموضوعى الذى ترفع الدعوى الوقتية لتحقيق حماية وقتية له . ومن ناحية أخرى ، يجب أن يكون الضرر وشيك الوقوع وليس مجرد احتمال بعيد . ذلك أنه اذا كان مجرد احتمال بعيد ، فان الخشية منـه لا تكون حالة . ولا تكون هناك حاجة للحصول على حماية القضاء الوقتى . وأخيرا ، فان هذا الضرر يجب ألا يكون الحكم الموضوعى المحتمل كافيا لازالته ، اذ لو كانت الحماية الموضوعية ــ بصرف النظر عن تأخرها ــ كافية ، لم تقم حاجة للحماية الوقتية (٢) .

ويتوافر هذا الشرط ، ولو مضى بعض الوقت منذ حدوث الواقعـة مصدر الخطر طالما أن الخطـر مازال ماثلا (٣) أى ما دامت الخشية من ضرر وشيك الوقوع لا زالت قائمة .

(جـ) الصفة فى الدعوى الوقتية : وهى تثبت لمن به حاجة للحماية الوقتية المطلوبة فى مواجهة من يحتمل أن يكون طرفا سلبيا فى الدعوى الموضوعية.

٨١ ــ **الحكم الوقتى (المستعجل)** الحماية الوقتية ــ كما قدمنا ــ هى صورة مستقلة من صور الحماية القضائية . ولهذا فان القضاء فى الدعوى الوقتية يجب أن يقتصر على منح الحماية الوقتية اذا توافرت شروطها . وتفريعا على هذا :

(أ) ليس للقضاء ــ اذا رفعت اليه دعوى وقتية ــ أن يمنح حماية موضوعية . فمنحه حماية موضوعية عندئذ يكون قضاء بغير طلب .

---

(١) كوسنا : بند ٤٣ ص ٥١ .

(٢) Montesano (Luigi) : I provvedimenti d'urgenza nel processo civile, Napoli 1952, p. 78.

(٣) محكمة الامور المستعجلة بالقـاهرة ١٩ ابريل ١٩٦٠ ــ المجموعـة الرسمية ٦٠ ــ ٨٠٢ ــ ١٠٣ .

(ب) ليس للقضاء — وهو يمنح حماية وقتية — أن يتطرق الى غير شروط الدعوى الوقتية . ومفاد هذا أنه يمتنع على القاضى عند اصداره الحكم الوقتى أن يبنى حكمه على أساس ثبوت الحق الموضوعى ، ذلك أن الدعوى الوقتية توجد لمجرد احتمال وجود هذا الحق . فتجاوز بحث هذا الاحتمال الى بحث وجود الحق يعتبر تجاوزا من القاضى لما يلزم للفصل فى الدعوى الوقتية . والى هذا تشير المادة ٤٥ مرافعات بنصها على أن يفصل القاضى فى الدعوى الوقتية « مع عدم المساس بالحق » الموضوعى (١) .

(جـ) لأنه يكفى فى الدعوى الوقتية احتمال وجود الحق ، فان عمل القاضى فى الدعوى الوقتية يكون بطبيعته على أساس الظاهر . فيقوم القاضى ببحث المستندات والادلة المقدمة من الخصوم ، لكن بحثه هـذا لا يكون بحثا وافيا للتوصل الى وجود الحق الموضوعى أو عدم وجوده، وانما بحثا سطحيا يدله على احتمال وجود هذا الحق أو عدم قيام هذا الاحتمال . وبتعبير متواتر لمحكمة النقض المصرية ، يكون بحثه « عرضيا يتحسس به ما يحتمل لأول وهلة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض » (٢) . فاذا تبين للقاضى ان ما قدم له من أدلة ومستندات لا يكفى فى ظاهرة للدلالة على احتمال وجود الحق الموضوعى ، وأن هذا الوجود محل نزاع جدى (٣) يجعل احتمال وجود الحق غير ظاهر فان عليه أن يعتبر شرط احتمال الحق غير قائم ، ويرفض الدعوى الوقتية لعدم توافر أحد شروطها . على أنه يلاحظ أنه لكى يصل الى ما يدل على احتمال وجود الحق ، فان عليه — كما قدمنا — أن يتأكد من وجود قاعدة قانونية تحمى من الناحية المجـردة مالا مما يطلب حمايتـه بالدعـوى الموضوعية . ولهذا فانه يدخل فى سلطة القاضى وهو يفصل فى الدعوى

---

(١) انظر : رمزى سيف — بند ٢٠٧ ص ٢٥١ وما بعدها . ابو الوفا : بند ٢٩٨ ص ٤١١ .

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٣٥ — مجموعة عمرا — ٩٩٨ — ٣١٠ و ١٢ مارس ١٩٥٨ — مجموعة النقض ٩ — ٢١٦ — ٢٨ .

(٣) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٣٠٢ — ٤٨

الوقتية أن يبحث وجود هـذه القـاعدة ، ولو كانت محـل نزاع بين الخصوم (١) .

(د) وما قلناه بالنسـبة لاحتمال الحق يصدق أيضـا على شرطى الاعتداء والصفة فبحثهما يكون من ظاهر الأوراق والمستندات المقدمة. ويكفى لتوافرهما وقبول الدعوى أن يدل الظاهر عليهما . وعلى العكس، اذا دل الظاهر على عدم توافر أيهما حكم القاضى بعدم قبول الدعوى .

ولأن القضاء الوقتى أداة لضمان تحقيق الحماية الموضوعية لهدفها على أكمل وجه ، فمن المقرر أن للقاضى عند اصداره القرار الوقتى سلطة تقديرية كبيرة فى تكوين مضمونه . فهو لا يتقيد عند تحديد هذا المضمون بالتحديد الوارد فى طلب المدعى ، ذلك أن المدعى انما يرمى بطلبه الى حماية حقه المحتمل الوجود حماية وقتية ، ويدخل فى سلطة القاضى تقرير ما يلزم لتحقيق هذه الحماية ضمانا للحق الموضوعى (٢) .

ولكى يحقق الحكم الوقتى هـدفه فى توقى ما قد يحـدث للحـق الموضوعى من ضرر وشيك الوقوع ، يجعله المشرع نافذا معجلا بقـوة القانون (مادة ٢٨٨) وتحوز الحماية التى يمنحها حجية الامر المقضى ، ولكنها حجية بطبيعتها مؤقتة (٣) .

---

(١) القاهرة الابتدائية (مستعجل مستأنف) ٨ أكتوبر ١٩٦٢ - المجموعة الرسمية ٦١ - ٤٣٤ - ٥٩ .

(٢) مونتزانو : مشار اليه ص ٨٣ . وتطبيقا لهذا : اذا طلب المدعى تعيين حارس على عين ليتسلم الاجرة من المستأجرين ويودعها خزانة المحكمة، فان للمحكمة - اذا قدرت أن القرار المطلوب لاحاجة اليه - أن تقتصر على ما يلزم للحماية الوقتية بأن - مثلا - تقتصر على الحكم بالزام المستأجرين بايداع الاجرة خزانة المحكمة مباشرة . (محمد على راتب - جزء اول بند ٥٥ ص ١٧٢) . على أنه ليس لقاضى الامور المستعجلة سلطة تحوير الطلب الوقتى الى طلب موضوعى . (نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧٧ - طعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٢ ق) .

(٣) انظر ماسيلى عند دراسة حجية الامر المقضى .

الباب الثالث

حجية الحماية القضائية (الامر المقضى)

الفصل الأول

فكرة حجية الامر المقضى

٨٢ — تعريف الحجية : .اذا رفعت الدعوى الى القضاء ، وتوافرت شروطها منح المدعى الحماية القضائية . أما اذا لم تتوافر أحد هذه الشروط، فان الدعوى ترفض . وفى هذه الحالة تمنح الحماية القضائية الى المدعى عليه ضد الاعتداء الذى حدث على مركزه القانونى بواسطة رفع الدعوى عليه . والحماية القضائية ، سواء منحت للمدعى أو للمدعى عليه (١) ، تحوز حجية تسمى حجية الأمر المقضى . ويقصد بحجية الأمر المقضى أن القرار القضائى اذ يطبق ارادة القانون فى الحالة المعينة فانه يحوز الاحترام سواء أمام المحكمة التى أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى بحيث اذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التى فصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها ، واذا أثير ما قضى به أمام القضاء وجب التسليم به دون بحث مجدد (٢) .

فحجية الامر المقضى تبدو فى أثرين :

١ — عدم جواز اعادة النظر فى الدعوى : فلا يجوز رفع نفس الدعوى مرة أخرى بعد الفصل فيها ، ولو قدمت فى الخصومة الجديدة أدلة واقعية أو أسانيد قانونية لم يسبق أثارتها فى الخصومة الأولى (٣) . ولهذا اذا رفع شخص دعوى ملكية على أساس عقد بيع اشترى بموجبه المال محل النزاع ، واستند الى ورقة مكتوبة ، ورفضت الدعوى فلا يجوز له اعادة

---

(١) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ١١٧ ص ٣٣١ .
(٢) انظر : موريل — بند ٥٨٧ ص ٤٥٠ .
(٣) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٣٣١ — ٦٦ .

رفع الدعوى على أساس نفس عقد البيع مستندا الى دليل اثبات آخر (١) ولو كان هذا الدليل هو اليمين الحاسمة (٢) .

وعدم جواز اعادة النظر فى الدعوى يقيد القاضى الذى تطرح عليه الدعوى من جديد ، كما يقيد الخصوم فيها . ويستوى أن يكون الخصم قد كسب الدعوى أم خسرها . ولهذا فانه اذا رفع شخص على آخر دعوى تعويض يطالب فيها بمبلغ ألف جنيه فقضى له بها ، فلا يجوز له أن يعيد رفع نفس الدعوى مطالبا بمبلغ أكبر (٣) . فاذا رفعت الدعوى مرة أخرى الى القضاء رغم سبق الفصل فيها ، فان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بالتمسك بحجية الأمر المقضى . وهو ما يسمى بالدفع بالحجية . وهذا الدفع لا يرمى الى مجرد منع اصدار قضاء مخالف للقضاء السابق ، وانما الى منع اصدار قضاء جديد أيا كان مضمونه فيما قضى فيه وحاز الحجية (٤) .

٢ ــ احترام ما قضى به : وهذا الاثر يسرى أيضا فى مواجهة الخصوم والقاضى . فللخصم الذى أكد القضاء حقه أن يتمتع بحقه وبمزاياه ، واذا رفع دعوى استنادا اليه ، فعلى القاضى احترام التأكيد الذى قضى به (٥) . ولهذا اذا قضى بعزل الوكيل ، ورفع الموكل دعوى لمطالبته بالمستندات التى تحت يده : فيجب على المحكمة التى تنظر الدعوى أن تسلم بما قضى به من عزل الوكيل فلا تناقشه من جديد .

ولتوضيح فكرة حجية الأمر المقضى نميز بينها وبين بعض الافكار القانونية التى قد تختلط بها :

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ــ جزء ثان بند ٣٧٧ ص ٧٠٧ .
(٢) نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٠٤٠ ــ ١٩٨ .
(٣) ميكيلى : جزء أول بند ٨٣ ص ٢٩٢ .
(٤) كيوفندا : نظم ــ جزء أول بند ١١٩ ص ٣٣٧ ــ ٣٣٨ .
(٥) رولاند : الشىء المحكوم فيه ــ مشار اليه ــ بند ٥٨ ص ٨٤ .

٨٣ — حجية الامر المقضى واستنفاد سلطة القاضى بالنسبة لمسالة معينة (١) : لضمان تحقيق الخصومة لهدفها فى منح الحماية على وجه منظم دون تأخير ، من المقرر أنه اذا فصلت المحكمة فى مسألة من المسائل المعروضة عليها ، انقضت سلطتها بشأنها • وبالتالى خرجت هذه المسألة عن ولايتها • فيستنفد القاضى سلطته ويصبح ولا ولاية له بها • فليس له بحث هذه المسألة (٢) • وبالتالى ليس له العدول عن قراره فيها أو تعديله (٣) • وليس للخصوم اثارة هذه المسألة أمامه من جديد ولو باتفاقهم اذ استنفاد الولاية يتعلق بالنظام العام (٤) • وهذه الفكرة تختلف عن فكرة الحجية • فالحجية تعمل خارج الخصومة ، أى بعد انتهائها ، لضمان استقرار الحماية القضائية التى منحها الحكم ، أما سلطة القاضى فانها تنفد بالنسبة لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة • ونتيجة لهذا فان الحجية يبدو أثرها بالنسبة للخصومات المستقبلة ، فهى تضمن الحماية القضائية فى المستقبل ضد مايمسها ، أما ما يقرره القاضى داخل الخصومة فأثره يقتصر على هذه الخصومة وحدها لانه يتصل باستنفاد سلطة القاضى بالنسبة لما قرره فيها • ولهذا فان ما يقرره فى هذا الشأن يمكن اثارته من جديد فى خصومة مستقبلة ، مادام هذا لا يمس بالحماية القضائية التى اكتسبها الاطراف لمال معين من الخصومة السابقة (٥) •

وللتفرقة بين الفكرتين أهمية عملية ذلك أن الحجية لا تلحق الا بالقرار القضائى الذى يمنح حماية قضائية ، دون الاعمال التى تصدر أثناء الخصومة تميدا لهذه الحماية • وعلى العكس ، فان استنفاد سلطة القاضى يحدث

---

(١) أنظر : كيوفندا : نظر — جزء أول بند ١١٧ ص ٣٣١ وما بعدها . وجدى راغب : رسالة ص ٢١٠ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٠٤٢ — ١٦٣ . ولو قدمت له ادلة جديدة قاطعة فى مخالفة الحكم السابق (نقض مدنى فى ١٩٧٩/١/٢٤ فى الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٤ ق) .

(٣) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٢٣٧ — ٣٦ .

(٤) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٩٧٤ لسنة ٤٥ ق . موريل : بند ٥٧٠ ص ٤٤٧ .

(٥) Buonaccorso (Liborio Ciffo) : Il giudicato civile, Napoli 1955 p. p. 8-13.

بالنسبة لكل قرار يحسم مسألة موضوعية كانت أو اجرائية داخل الخصومة .

٨٤ - حجية الامر المقضى وقوة الامر المقضى : تحرص التشريعات المختلفة على تنظيم طرق طعن معينة ضد القرارات القضائية . وليس معنى امكان الطعن فى القرار أنه لا يحوز الحجية ، فهو يحوز هذه الحجية بمجرد صدوره (١) ولكن رغم حيازته الحجية يمكن المساس به بطريق الطعن الذى ينص عليه القانون . ويوصف القرار الذى لا يقبل الطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف بأنه حائز لقوة الامر المقضى . ويجب التمييز بين حجية الامر المقضى autorité de la chose jugée وقوة الامر المقضى force de la chose jugeé . فالحجية للقرار القضائى بمجرد صدوره ، أما قوة الامر المقضى فانها لا تثبت له الا اذا كان لايقبل الطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف ، وذلك سواء صدر لا يقبل الطعن فيه بأى من هذين الطريقين ، أو أصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن أو عدم قبوله . ويحوز القرار قوة الامر المقضى ولو كان يقبل الطعن فيه بطريق طعن غير عادى (النقض أو التماس اعادة النظر) .

ويلاحظ أن التفرقة بين الحجية والقوة ليست تفرقة فى الدرجة ، بل ان الامر يتعلق بفكرتين مختلفتين تخدم كل منهما غرضا مختلفا . فالحجية تكون بالنسبة للمستقبل خارج الخصومة التى صدر فيها الحكم (٢) ، أما القوة فان أهميتها تكون داخل هذه الخصومة للدلالة على مدى ما يتمتع به القرار من قابلية أو عدم قابلية للطعن بطريق معين (٣) .

---

(١) جابيو : بند ٦٢٣ ص ٤٢٧ . نقض مدنى ١٨ أبريل ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ - ٧٩٥ - ١١٥ .

(٢) كيوفندا : نظم - جزء أول بند ١١٧ ص ٣٣١ .

(٣) انظر فى هذا : وجدى راغب - رسالة مشار اليها ص ٢١٤ - ٢١٦ .

الفصل الثانى

نطاق حجية الامر المقضى

٨٥ ـ اولا : الحجية للعمل القضائى الذى يفصل فى دعوى قضائية :

لأن حجية الامر المقضى أثر للعمل الذى يمنح الحماية القضائية فانها تكون أثرا للعمل القضائى دون غيره من الأعمال القانونية . ولهذا من المسلم أن العمل التشريعى أو العمل الادارى لا يرتبان هذه الحجية . ومن ناحية أخرى ، فان الحجية لاتكون للاعمال الولائية (١) . وتكون الحجية للعمل القضائى سواء تضمن قضاء مدنيا أم قضاء جنائيا أو اداريا (٢) . ويستوى أن يكون العمل صادرا من القضاء العام أو من محكمين ، كما يستوى أن يكون القضاء العام قضاء عاديا أو قضاء استثنائيا (٣) .

وقد استقر القضاء على أن الحجية لا تثبت للعمل القضائى الا اذا صدر فى حدود الولاية القضائية للجهة التى اصدرته . فالعمل الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها لا حجية له أمام الجهة صاحبة الولاية فيما فصل فيه هذا العمل (٤) .

على أن الحجية لا تثبت لجميع الاعمال القضائية . فهى من ناحية لاتكون لاعمال التنفيذ الجبرى رغم أنها أعمال قضائية ، اذ هذه لاتحتوى

---

(١) جابيو : بند ٦٢٢ ص ٦٣٨ . وتطبيقا لهذا من المسلم ان الاعلام الشرعى ليس له حجية الامر المقضى . فيمكن أن ينقض بحكم من المحكمة المختصة سواء فى دعوى او فى دفع . مادة ٣٦١ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٢٥٠ ـ ١٩٧٤ .

(٢) فنسان : بند ٧٦ ص ٩٨ .

(٣) السنهورى : الوسيط جزء ثان بند ٣٥١ ص ٦٤٩ ـ ٦٥٠ .
ولهذا حكم بأن ما تصدره لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى من قرارات فى حدود اختصاصها يكون حائزا لحجية الامر المقضى . (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٧٨ ـ الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٤٦ ق) .

(٤) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١٢٨٦ ـ ٢١٩ (لا يعتد القضاء العادى بحجية حكم القضاء الادارى فى منازعات متعلقة بالمسئولية عن عمل غير مشروع اذ محاكم القضاء العادى هى المختصة اصلا بنظر هذه المنازعات) . نقض احوال شخصية ١٩٧٨/١٢/٢٠ ـ فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٧ ق .

على عنصر القرار . ومن ناحية أخرى فانه بالنسبة لاعمال خصومة التحقيق لاتكون الحجية لجميع أعمال القاضى ، وانما تثبت فقط للعمل الذى يفصل فى الدعوى القضائية (١) . ولهذا فان ما يقرره القاضى بالنسبة لما يعرض — أثناء الخصومة — من مشاكل اجرائية أو موضوعية ، سواء تعلقت بالواقع أو بالقانون ، ليس له حجية الامر المقضى . ذلك أن مثل هذه القرارات لاتفعل سوى التحضير للعمل القضائى الفاصل فى الدعوى ، فهى لا تمنح أية حماية قضائية (٢) .

وهذه القرارات بعضها لا يلزم القاضى الذى أصدرها ، فله أن يعدل عنها ، كما أن له ألا ينفذها . وان نفذها فلا يتقيد بنتيجتها عند الفصل فى الدعوى . وهذه هى الأحكام المتعلقة بسير الخصومة مثل الحكم بوقف الخصومة أو بانقطاعها والاحكام المتعلقة بتحقيق الدعوى مثل الحكم بندب خبير أو بالانتقال للمعاينة أو احالة الدعوى للتحقيق . وهذه لا خلاف فى أنها لا تحوز حجية الامر المقضى (٣) .

ولكن هناك قرارات أخرى غير هذه لا تفصل فى الدعوى ومع هذا تلزم القاضى الذى أصدرها فلا يجوز له العدول عنها . من هذه : الاحكام التى تفصل فى المسائل الاجرائية كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو برفض الدفع بالبطلان وبنظر الدعوى ، والحكم بسقوط الخصومة أو برفض

---

(١) Becqué : Procedure civile-cours professé à la Faculté de droit de Toulouse 1948-1949 p. 101.

(٢) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ١١٧ ص ٣٣٣ — ٣٣٤ . ولهذا فان ما يرد فى الحكم من وجهات نظر قانونية او افتراضات موضوعية لايحوز الحجية ما دام لم يتضمن حسما لخلاف بين الخصوم (نقض فى ٣٠ مارس ١٩٨١ فى الطعن رقم ٣١١ لسنة ٤٨ ق .) .

(٣) رمزى سيف : بند ٥٤٠ ص ٦٩١ . وتطبيقا لهذا حكم بأن قرار المحكمة بندب خبير لاستظهار وجه المصلحة فى اقامة الدعوى لا تكون له حجية فى خصوص تقدير مسئولية المطعون ضده عن التعويض المطالب به (نقض مدنى ١٤ يناير ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٥٧ — ١٠) ، وأن تقدير الدليل لا حجية له ، ولهذا لاتثريب على المحكمة ان هى اخذت فى دعوى الطلاق بشهادة شاهد سمعته هى وكانت المحكمة الجزئية قد تشككت فى حجية شهادته فى دعوى الطاعة (نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٩٧ — ١٠٨) .

الدفع بالسقوط ، والحكم بعدم الاختصاص بالدعوى أو برفض الدفع بالسقوط ، والحكم بعدم الاختصاص بالدعوى أو برفض الدفع بعدم الاختصاص ،أو الحكم الصادر فى مسألة موضوعية — سواء تعلقت بالواقع أو بالقانون — كانت محل نزاع بين الخصوم فحسمها القاضى بحكم قبل الفصل فى الدعوى ، كما هو الحال بالنسبة لتكييف العقد أو بتحديد القانون الواجب التطبيق على الوقائع .

ويذهب الفقه التقليدى ، يؤيده القضاء ، الى أن هذه الاحكام تحوز حجية الامر المقضى (١) ، وذلك على أساس أنها تحسم النزاع فى المسائل التى فصلت فيها . ويترتب على هذا أنه لا يجوز للمحكمة العدول عما قضت به فيها ، وليس للخصوم بعد ذلك اثارتها من جديد .

وهذه النتائج فى ذاتها صحيحة ولكنها — فى تقديرنا — الا ترتبط بالضرورة بحجية الامر المقضى ، وانما ترتبط بنظام قانونى آخر هو استنفاد القاضى لسلطته (٢) . وهذا النظام يختلف — كما قدمنا — عن حجية الأمر المقضى ، ولما كانت حجية الامر المقضى تتعلق بالحماية القضائية ، وكانت هذه القرارات لا تفصل فى دعوى وبالتالى لا تمنح أية حماية قضائية ، فانه يجب القول أن نظام حجية الامر المقضى لا ينطبق عليها (٣) .

ويترتب على هذا التحديد نتيجة هامة وهى أن هذه القرارات لايجوز المساس بها بالنسبة للخصومة التى صدرت فيها : ولكن ليس لها أية قوة

---

(١) رمزى سيف : بند ٥٤٠ ص ٦٩٠ وما بعدها . وهذا أيضا هو اتجاه القضاء المصرى . انظر : نقض مدنى ٢٦ يونيو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ١٠٩٠ — ١٦٨ .

(٢) والى هذا تشير محكمة النقض المصرية بحكمها فى ٢٧ أبريل ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩١٨ — ١٣٨٩ « .. استنفدت بهذا القضاء سلطتها فى تكييف العقد » . وانظر نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٩٧٤ لسنة ٤٥ ق . « اذا حسمت المحكمة النزاع فى المسائل المعروضة عليها انقضت سلطتها بشأنها ولم تعد لها اية ولاية فى اعادة بحثها او تعديل قضائها ولو باتفاق الخصوم . ويعمل بهذه القاعدة بالنسبة لسائر الاحكام القطعية موضوعية كانت أو فرعية » .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء أول بند ١١٧ ص ٣٢٣ . وجدى راغب : رسالة ص ٢٢٥ وما بعدها . ميكيلى : جزء أول بند ٨٤ ص ٢٩٥ ومابعدها .

خارج هذه الخصومة . وعلى هذا اذا أصدرت المحكمة حكما فى مسألة اجرائية كالحكم باختصاصها بالدعوى فلا يجوز لها أن تعدل عنه . ولكن هذا الحكم لا يقيد أية محكمة أخرى تعرض عليها نفس الدعوى فى خصومة أخرى (١) . كذلك الامر بالنسبة للحكم الصادر فى مسألة موضوعية ، قبل الفصل فى الدعوى ، فهذا الحكم لا يجوز المساس به فى الخصومة التى صدر فيها أيا كانت درجة التقاضى التى صدر فيها ، ولكنه لا حجية له خارج هذه الخصومة . ولهذا فان الحكم بجواز الاثبات بالبينة يقيد القاضى الذى أصدره فليس له العدول عنه ولا يجوز اثارة هذه المسألة مرة أخرى أمامه أو أمام أى قاض آخر فى نفس الخصومة الا وفقا لطرق الطعن التى ينص عليها القانون (٢) . ولكن هذا الحكم لا يحوز حجيته خارج الخصومة التى صدر فيها .

٨٦ ـ حجية الحكم فى المسائل الاولية : قد تثار أمام القاضى قبل الفصل فى الدعوى مسألة أولية ، أى مسألة محل نزاع يعتبر الفصل فيها لازما لامكان الفصل فى الدعوى (٣) . ولأن الفصل فى هذه المسألة لا يعتبر فصلا فى الدعوى ، فان الحكم الصادر فيها لا يحوز حجية الامر المقضى . فهو حكم تنحصر فاعليته داخل الخصومة التى يصدر فيها ، ويمكن المناقشة فيما فصل فيه من جديد فى خصومة ثانية . على أن المسألة الأولية قد تصلح فى ذاتها محلا لدعوى تقريرية ، وعندئذ فان اثارتها كمسألة أولية فى الخصومة لا يخفى طبيعتها فتعتبر دعوى تقريرية فرعية ، ويكون الحكم الصادر فيها ـ وان فصل فى مسألة أولية ـ حكما فاصلا فى دعوى وبالتالى حائزا لحجية الامر المقضى .

فاذا كانت هذه المسألة الأولية مسألة أساسية يترتب على ثبوتها أو عدم ثبوتها ثبوت الحق المطلوب فى الدعوى أو انتفاؤه ، فان حجية الأمر المقضى

---

(١) انظر أبو الوفا : نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ١٩٦٣ ص ١٦٦ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ يونيو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ١٠٩٠ ـ ١٦٨ .

(٣) كيوفندا : نظم ـ جزء اول بند ١٢٢ ص ٣٢٩ .

لاتكون فقط بالنسبة لهذه المسألة الأساسية ، وانما أيضا بالنسبة لأى حق آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها (١) . وتطبيقا لهذا قضى بأنه اذا حكم بأحقية العامل لاعانة الغلاء عن مدة معينة ، فان هذا الحكم تكون له حجية بالنسبة لمسألة أولية أساسية هى أن أجر الطاعن أجر أساسى لا يشمل اعانة غلاء المعيشة وأنه يستحق اعانة معيشة . فلا يجوز لحكم تال أن يناقض هذه الحجية بالنسبة لاستحقاق هذا العامل اعانة معيشة عن مدة عمل لاحقة على المدة التى شملها الحكم السابق (٢) .

على أنه يلاحظ أن الحكم فى مسألة أولية مما تصلح محـلا لدعوى تقريرية لا يعتبر فصلا فى دعوى ، وبالتالى لا يحوز حجية الامر المقضى ، الا اذا كانت هذه المسألة قد أثيرت أمام القاضى من أحد الخصوم (٣) . فاذا لم تكن قد أثيرت أمام القاضى ، فان الحكم الفاصل فى الدعـوى الاصلية — وان فصل ضمنا فى المسألة الاولية كمسألة لازمة للفصل فى الدعوى — لا يحوز الحجية . ولهذا اذا رفع شخص دعوى ريع ، ولم يثر نزاع على الملكية ، فان الحكم فى دعوى الريع لا يمنع من نظر دعـوى الملكية بعد ذلك (٤) .

٨٧ — حجية الحكم الضمنى : لا شك أن المحكمة تستطيع أن تعبر عن قرارها بالنسبة لغير الفصل فى الدعوى الاصلية صراحة أو ضمنا ، وانما تنحصر المشكلة فى أمرين :

---

(١) نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٤٨٢ — ٢٥١. و ٢٠ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٩٤ — ٧٤ .

(٢) نقض مدنى اول ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض — ٢٤ — ١١٩٨ — ٢٠٨ وانظر تطبيقا آخر فى : نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٧ ق .

(٣) كيوفندا : بند ١٢٥ ص ٣٤٨ — ٣٤٩ .
ساتا : قانون الخصومة المدنية بند ١١١ ص ١٧١ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٧ — فى الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٤٣ ق . وانظر تطبيقا آخر فى نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٤٨٣ — ٩٨ . (لا حجية لحكم قضى بالنفقة دون ان يناقش قرابة المحكوم له فى صدد القرابة والنسب) .

الأول : متى يوجد حكم ضمنى بالنسبة لمسألة معينة ؟ يمكن القول ان الحكم الصريح للمحكمة يعتبر أنه قد فصل ضمنا فى كل مسألة يفترضها حتما القرار الذى يشتمل عليه الحكم (١) . كذلك يعتبر الحكم قرارا ضمنيا بكل ما يعتبر نتيجة ملازمة للقرار الصريح (٢) . وتطبيقا لهذا اذا قضى الحكم برفض دعوى صحة التعاقد لأن المدعى لم ينفذ التزامه بدفع الثمن ، فان هذا القضاء يتضمن بطريق اللزوم الحتمى أن الالتزام بدفع الثمن قائم ولم ينقض (٣) . واذا قضى بأحقية البائع فى باقى الثمن والزام المشترى بأدائه فان هذا يتضـمن حتما أن المشترى لا يحق له حبس المبيع (٤) . فاذا لم تكن « المسألة » مفترضة بالنسبة للقرار الصريح أو نتيجة ملازمة له ، فانه لا يعتبر أنه قد فصل فيها ضمنا . وتطبيقا لهذا حكم بأنه اذا طعن فى عقد بيع بالبطلان لانعدام أهلية المشترى ، فأثار المدعى عليه أن التصرف يخفى وصية ، فقضت المحكمة بصحة العقد دون أن تتعرض لمسألة اخفائه وصية ، فان هذا الحكم لا يعتبر حكما ضمنيا فى هذه المســألة « لان الطعن فى التصرفات بأنها تخفى وصـية لا يتعارض مع الحكم بصدور العقد من ذى أهلية ، بل ان الطعن بالوصية يفترض صدور التصرف من ذى أهلية (٥) .

الثانى : هل يحوز الحكم الضمنى حجية الامر المقضى ؟ وحل هذا الامر يكون بالنظر لما اذا كان هذا الحكم قد فصل فى دعوى أم لا . فاذا كانت هناك دعوى أمام المحكمة ، فان فصلها فى هذه الدعوى يحوز الحجية ، ولو كان قرارا ضمنيا . ولا يشترط أن يكون رفع الدعوى صريحا . فقد يرفع المدعى دعوى أمام المحكمة ، فيعرض على المحكمة صراحة حقه الذى يطالب به ويعرض ضمنا الرابطة القانونية المركبة مصدر

(١) بوناكورسو : الحجية المدنية ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) السنهورى : جزء ثان بند ٣٦٠ ص ٦٦٧ .

(٣) نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٠٤٠ — ١٩٥ .

(٤) نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٢٧ — ٥٣ .

(٥) نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٦٦ مجموعة النقض ١٩ — ٨٠١ — ١١٦ .

هذا الحق . فتكون هذه الرابطة ــ بصورة ضمنية ــ محلا للدعوى ، وبالتالى يحوز الحكم الضمنى الصادر بشأنها حجية الامر المقضى . وتعتبر المطالبة بحق مطالبة ضمنية بتأكيد الرابطة مصدر هذا الحق اذا كان هذا الحق هو الحق الرئيسى أو الأساسى الذى تولده الرابطة (١) . وهكذ مثلا فان الحكم فى دعوى موضوعية بتسليم العين المؤجرة الى المستأجر يحوز الحجية بشأن صحة العقد ، والحكم فى دعوى الالزام بدين معين يحوز الحجية بشأن تقرير صحة الرابطة مصدر هذا الدين .

فاذا لم يكن الحكم الضمنى فاصلا فى دعوى ، فان هــذا الحكم لا يحوز الحجية ، شأنه فى هذا شأن الحكم الصريح (٢) .

٨٨ ــ حجية الحكم الوقتى : يذهب البعض الى أن الأحكام الوقتية (المستعجلة) لاحجية لها وذلك على أساس أنها لا تقيد قاض الموضوع(٣) . والصحيح ــ فى رأينا ــ أن هذه الأحكام تحوز حجية الأمر المقضى بالمعنى الفنى الدقيق (٤) ذلك أن الحكم الوقتى يمنح حماية قضائية . حقيقة أن هذه الحماية مؤقتة ، ولكن توقيتها الى حين الحصول على الحمــاية النهائية لا يمنع من كونها حماية قضائية . واذا كان الحكم الوقتى لايقيد محكمة الموضوع (٥) اذ لا حجية له بالنسبة لثبوت الحق الموضــوعى أو نفيه (٦) . فمرد هذا ليس عدم حيازة الحكم الوقتى للحجية ، وانما

---

(١) كيوفندا : نظم ــ جزء أول بند ١٢٢ ص ٣٤٣ ــ ٣٤٤ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٤٨٣ ــ ٩٨ . (فما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز للحجية) .

(٣) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط جزء ثان بند ٣٥٩ ص ٦٦٤ والاحكام المشار اليها فى حاشية (١) ص ٦٦٥ . وجدى راغب : رســالة ص ١٧٠ . رولاند : حجية الامر المقضى ــ مشار اليه ص ٢٤٨ ــ ٢٥٢ بند ٢١٠ ــ ٢١٤ .

(٤) محمد على راتب : جزء أول بند ٧٩ ص ٢١٠ . امينة النمر : رسالتها بند ٢٢٠ ص ٣٦٣ . رمزى سيف : بند ٥٤٠ ص ٦٩٠ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٦٧ ــ مجموعــة النقض ١٨ ــ ٤٨٥ ــ ٧٣ .

(٦) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ٤١٥ ــ ٧٤ .

مرده أن الدعوى الموضوعية تختلف عن الدعوى الوقتية التى صدر فيها الحكم الوقتى .

على أنه يلاحظ أن الدعوى الوقتية تحتوى بطبيعتها على عنصر الاحتمال ، سواء بالنسبة للحق أو المركز القانونى أو بالنسبة للاعتداء الواقع عليه . وعندما يفصل القاضى فى الدعوى الوقتية فانه يصدر قراره لا على أساس وجود الحق أو الاعتداء ، وانما على أساس احتمال هذا الوجود . وهو فى هذا يقرر على أساس الظروف الحالية القائمة عند نظره الدعوى . فاذا تغيرت هذه الظروف فان تقديره بالضرورة يكون قابلا للتغير . وعلى هذا فتغير الظروف قد يقتضى تغيرا فى التقدير . ولهذه الطبيعة الخاصة للحكم الوقتى ، فان من المقرر أن حجية الحكم الوقتى لا تمنع — عند تغير الظروف — من امكان اصدار حكم وقتى مختلف يجابه الظروف الجديدة (١) . وليس معنى هذا عدم حيازة الحكم الوقتى لحجية الأمر المقضى ، ولكن معناه أن الحماية القضائية التى يمنحها الحكم الوقتى لأنه يمنحها لمواجهة ظروف وقتية ، فان هذه الحماية لا يلزم — من الناحية الاجتماعية — استقرارها اذا تغيرت الظروف (٢) . فاذا لم تتغير الظروف التى صدر فيها الحكم الوقتى ، فلا يجوز « اثارة النزاع الذى فصل فيه القاضى المستعجل من جديد »(٣) فيكون للحكم الوقتى حجية الأمر المقضى الا اذا تغيرت أشخاص الدعوى أو سببها أو موضوعها (٤) .

٨٩ — **ثانيا : الحجية اثر للمنطوق** : يشتمل العمل القضائى الذى يفصل فى دعوى على عناصر ثلاثة : المنطوق وهو القرار الذى يصدره القاضى فى الدعوى ، والأسباب وهى ما يستند اليه هذا القرار : والوقائع وهى تسجيل لوقائع الخصومة : المدعى والمدعى عليه ومن يمثلهما وماقدم

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٠٠٣ — ١٥٦ .

(٢) ومن الناحية الفنية يمكن تبرير توقيت حجية الحكم الوقتى بأن تغير الظروف يؤدى الى تغير سبب الدعوى (كوستا : بند ١٨٤ ص ٢٨١) .

(٣) نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٩ — ٢١٠ — ٢٣ . نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١١٢١ — ١٥٢ .

(٤) بيكيه : دروس ص ١١٠ . جابيو : بند ٦٢٢ ص ٤٣٧ .

من طلبات أو دفوع أو أدلة اثبات وما مرت عليها الخصومة من مراحل ، الى غير ذلك مما حدث من وقائع أثناء الخصومة . ومن المقرر أن حجية الأمر المقضى تكون للمنطوق دون غيره من العناصر . وعلة هذا واضحة ، فهذا الجزء وحده هو الذى يتضمن قرار القاضى بمنح الحماية القضائية . على أنه يجب أن يلاحظ أن المسألة يجب ألا تؤخذ من ناحية شكلية (١) . فقد تشتمل الأسباب بسبب عدم دقة الصياغة أو بسبب تعدد الطلبات المرتبطة بعضها ببعض على قرار (٢) ، وعندئذ نكون بصدد أمر مقضى وان ورد فى الأسباب . ويكون لهذا الأمر حجية (٣) .

ومن ناحية أخرى ، فان المقصود بالمنطوق قد لايتضح الا بالرجوع الى الأسباب (٤) ، وعندئذ تكون الحجية للمنطوق بالتحديد الذى يتضح من الأسباب اذ تكون هذه الأسباب « مرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق »(٥) . كذلك الأمر بالنسبة للوقائع ، فهذه الوقائع لا حجية لها . ولكن هذه الوقائع تحتوى على تحديد عناصر الدعوى وما قدم فى القضية من

---

(١) كيوفندا : جزء أول بند ١٢٩ ص ٣٦١ .

(٢) نقض مدنى ٨ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٢٣٦ — ١٨٧ .

(٣) فنسان : بند ٨٠ ص ١٠٤ . نقض مدنى ٣ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٧١٣ — ١١٠ . نقض مدنى ١٩ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٢١٧ — ٣٤ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ أكتوبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٥٨٢ — ٢٢١ .

(٥) نقض عمال ١٠ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٥٠ ق . ميكيلى : جزء أول بند ٨٤ ص ٢٩٤ . نقض مدنى ٢٠ يونيو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١١٩٠ — ١٧٨ . وتقول محكمة النقض أن « اسباب الحكم لا تحوز حجية الا اذا كانت مرتبطة ارتباطا وثيقا بمنطوقه ولازمة للنتيجة التى انتهى اليها وتكون مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة » (مدنى ٢٣ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٣١ — ٨٦) . والواقع أن الأسباب فى ذاتها لا حجية لها . (بيكيه — الاشارة السابقة) .

طلبات ودفوع ، ولهذا قد يلزم الرجوع اليها لتكملة المنطوق (١) ، فتعتبر حجية الأمر المقضى أثرا للمنطوق على النحو الذى بينته الوقائع . ومثال هذا أن يقضى بما طلبه المدعى دون تحديد فيرجع الى صحيفة الدعوى لتحديد المطلوب .

٩٠ ـ ثالثا : الحجية تقتصر على الشىء المقضى فيه : تتحدد حجية الأمر المقضى بالمركز القانونى الذى أكده القرار (٢) ، أى بالشىء المقضى فيه res judicata

ويتحدد الشىء المقضى فيه موضوعيا بعنصرى المحل والسبب فى الدعوى . فاذا كان محل الدعوى أو سببها فى الخصومة الجديدة مختلفا عن محلها أو سببها فى الدعوى التى سبق القضاء فيها فى الخصومة السابقة ، فلا حجية لهذا القضاء فى الخصومة الجديدة (٣) وتعبر المادة ١٠١ من قانون الاثبات عن ذلك بقولها « لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع .. تعلق بذات الحق محلا وسببا » .

والعبرة ليست فقط بعنصرى الدعوى السابقة ، فيجب أن تكون هذه الدعوى محلا للقرار السابق (٤) . وبعبارة أخرى ، لمحكمة النقض ، يكون الأمر كذلك اذا كان الحكم السابق صادرا فى نزاع يتحد مع النزاع اللاحق محلا وسببا . ويكون المحل متحدا اذا كان الحكم الثانى ـ اذ ما صدر ـ مؤيدا للحكم السابق أو مثبتا لحق نفاه أو نافيا لحق

---

(١) ميكيلى : جزء اول ـ الاشارة السابقة .

(٢) ردنتى ـ قانون الخصومة المدنية جزء اول بند ١٥ ص ٦٦ ـ ٦٨ .

(٣) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٧ ق . (المطالبة بالنصيب فى الربح تأسيسا على عقد شركة تضامن بين مورث الطالب والمدعى عليه يختلف عن المطالبة بذات النصيب فى الربح على اساس شركة جديدة من شركات الواقع بين الطالب والمدعى عليه) .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٧ ـ فى الطعنين رقمى ١١ و ٣٢ لسنة ٤٦ ق . (الحكم الصادر بتحديد الاجرة القانونية لا حجية له فى دعوى المؤجر بالمطالبة بالاجرة الاضافية طالما لم تكن محل نزاع فى الدعوى السابقة) .

أثبته ، كما يكون السبب متحدا اذا ثبت أن الخصم تمسك به صراحة أو ضمنا فى النزاع السابق وفصلت فيه المحكمة صراحة أو ضمنا بالقبول أو بالرفض (١) . فما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز لحجية الأمر المقضى (٢) .

ويلاحظ بالنسبة للتطابق بين الدعوى والقرار الفاصل فيها يأتى :

١ — اذا تعددت الطلبات وأغفل القاضى الفصل فى احداها فان قراره لا يجوز الحجية الا بالنسبة للطلبات التى فصل فيها . أما بالنسبة للطلب الذى لم يفصل فيه فلا حجية بشأنه (٣) (مادة ١٩٣ مرافعات) . ولهذا يمكن تقديم نفس الدعوى التى تضمنها هذا الطلب مرة أخرى (٤). وعلة هذا أنه يلزم للكلام عن حجية أن يوجد قرار قضائى ، وبالنسبة للطلب الذى أغفل الفصل فيه لم يصدر أى قرار (٥) .

٢ — اذا قضى الحكم فى غير المطلوب ، بأن قضى بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه . فيعتبر هذا الحكم معيبا ، ولكنه يحوز حجية الأمر المقضى . وتظل له حجيته حتى يلغى .

٩١ — رابعا : الحجية تقتصر على اطراف المركز القانونى محل الدعوى اذا كانوا اطرافا فى الخصومة :

لحجية الأمر المقضى نطاق شخصى فهى تقوم فقط بالنسبة لشخص طرف فى كل من المركز القانونى ، والدعوى التى تحميه ، والخصومة التى صدر فيها الحكم .

---

(١) نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ٤١ ق .

(٢) نقض ايجارات ١٩٨١/١٢/٣٠ فى الطعن رقم ١٠٤٧ لسنة ٤٥ ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٢ فى الطعن رقم ٩٢٦ لسنة ٤٨ ق .
بوناكورسو : مشار اليه — ص ٦٨ — ٧٠ .

(٤) Cristofolini (Giovanni) ; Ommissione di Pronunzia riv. di. dir. proc. 1938 - 9 - 103.

(٥) Calvosa (Carlo) : Omissione di Pronuncia e Cosa giudicata, riv di dir proc 1950. no. 13 p. p. 255-258.

(أ) فيجب ان يكون طرفا فى المركز القانونى محل الحماية التى منحها القضاء • ذلك أن هذا الطرف هو وحده الذى يكون القضاء الصادر صالحا لانتاج آثار قانونية متعلقة بمركزه القانونى (١) •

(ب) ويجب أيضا أن يكون طرفا فى الدعوى التى فصل فيما القضاء• ولهذا فانه اذا رفع شخص دعوى ملكية ضد شخص آخر ، فان الحكم يكون حجة فى مواجهة المدعى عليه دون غيره ، رغم ان حق الملكية يوجد كحق فى مواجهة الكافة (٢) • ومن ناحية أخرى ، اذا اشتملت الخصومة الواحدة على دعويين ، ووجهت احداهما الى طرف دون طرف ، فان الحكم الصادر فيها لايكون حجة فى مواجهة من لم توجه اليه ولو كان طرفا فى نفس الخصومة (٣) •

(جـ) وأخيرا ، فانه يجب أن يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيما الحكم (٤) •

وتكون الحجية فى مواجهة أطراف الخصومة ، دون ممثليهم فيها (٥) اذ ممثل الطرف لايعتبر طرفا فى الخصومة • وعلى هذا اذا رفع الوصى دعوى ملكية نيابة عن القاصر ، ورفضت الدعوى ، فان هذا القضاء لا يمنع الوصى من أن يرفع دعوى الملكية على المدعى عليه فى الدعوى الأولى مطالبا بالملكية لنفسه (٦) • ومن ناحية أخرى ، فان الحجية تثبت فى مواجهة أطراف الخصومة ، ولو اختلف شخص من يمثلهم فيها • فالقضاء الصادر ضد قاصر يمثله وليه يكون حجة على القاصر فى خصومة تالية ولو كان القاصر قد بلغ سن الرشد وكان ماثلا

---

(١) ميكيلى : جزء أول بند ٨٥ ص ٢٩٩ .

(٢) ردنتى : المرافعات جزء أول بند ١٥ ص ٦٨ — ٦٩ .

(٣) نقض مدنى ٢٠ يونيو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٨٧٨ — ١٢٥ .

(٤) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٤٤١ — ٦٦ .

(٥) رولاند : حجية الأمر المقضى — بند ٦٦ ص ٩١ وما بعدها .

(٦) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط جزء ثان بند ٣٦٥ ص ٦٧٧ .

بنفسه فيها • كذلك اذا صدر قضاء ضد شخص ثم توفى ، فان هـذا القضاء يكون حجة فى مواجهة الحارس على تركته الذى اختصم فى الخصومة الجديدة بهذه الصفة (١) • وعلى هذا تنص المادة ١٠١ من قانون الاثبات « لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم » •

وفضلا عن أطراف الخصومة : من المقرر أن الحجية تمتد الى خلفائهم • ويلاحظ أن الخلافة ــ عامة أو خاصة ــ لا ترد على الحجية وحدها ، وانما هى ترد على المركز القانونى الذى تتعلق به (فى جانبيه الايجابى والسلبى) الدعوى التى قضى فيها • ونتيجة لهذا فان الحجية تكون فى مواجهة الخلفاء فى الدعوى محل لخصومة (٢) • فاذا حصلت الخلافة الخاصة قبل بدء الخصومة ، فان القضاء الصادر فى مواجهة الطرفين لا يكون حجة فى مواجهة هذا الخلف (٣) ، وعلى العكس ، يكون القضاء حجة اذا كان التصرف قد حدث بعد بدء الخصومة أو بعد صدور الحكم فيها (٤) •

---

(١) نقض مدنى ١٥ يونيو ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ١٢٨٤ ــ ١٩٥ .

(٢) ردنتى : المرافعات جزء أول بند ١٥ ص ٦٩ .

(٣) واذا كانت العين محل الخلافة عقارا : فيجب للاحتجاج بالحكم فى مواجهة الخلف الخاص ان تكون صحيفة الدعوى قد سجلت قبل تسجيل التصرف الى الخلف . فاذا لم تكن مسجلة قبله أو لم تكن مسجلة على الاطلاق ، فان الحكم لا يحتج به على الخلف ولو صدر بعد تسجيل التصرف . نقض مدنى ٢٤ ديسمبر ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٦٧٨ ــ ٣١٣ (الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشترى الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم) وانظر : عبدالرزاق السنهورى : الوسيط جزء ثان بند ٣٦٦ ص ٦٧٩ ــ ٦٨١ .

(٤) بوناكورسو : ص ٨٧ ــ ٩٠ . على أنه يلاحظ أنه اذا كانت الأحكام حجة على الخلف بشأن الحق الذى تلقاه من السلف ، فان الأحكام التى تصدر فى مواجهة الخلف الخاص قبل تحقق الخلافة لا حجية لها فى مواجهة السلف ما دام هذا الأخير لم يختصم فى الدعوى . (نقض مدنى ١٩٨٠/١/٥ ــ فى الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٤٥ ق .) .

وفيما عدا أطراف الخصومة وخلفائهم ، لا حجية العمل القضـائى . فالحجية لاتسرى فى مواجهة الغير (١) . فليس لغير أطراف الخصومة التى قضى فيها التمسك بهذا القضاء كما أنه لايجوز التمسك به ضده . فان حدث التمسك بالقضاء اضرارا بأحد من الغير كان لهذا الأخير الدفع بنسبية الأحكام ، أى الدفع بأن حجية القضاء لا تسرى فى مواجهته لأنه من الغير (٢) (٣) . ولاتكون للحكم حجية بالنسبة للغير ولو كانت المسألة المقضى فيها مسألة كلية شاملة أو مسألة أصلية أساسية ، فالحكم بالنسبة لهذه المسألة لا حجية له الا بين الخصوم أنفسهم (٤) . كما أن الحكم لاتكون له حجية فى مواجهة الغير ، ولو كان صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة (٥) .

على أنه يلاحظ أن القول بعدم سريان الحجية بالنسبة للغير لايعنى عدم احترام القضاء منه . فالقضـاء يجب احترامه من الجميع ، بمعنى أن الجميع ملزمون بأن يسلكوا على أساس وجود هذا القضاء ولو أصابهم ضرر واقعى منه ، ومن حقهم أيضا أن يبنوا تصرفاتهم على أسـاس وجوده . ولكن على أساس وجوده بالنسبة للمركز القانونى الذى قرره بين أطراف الدعوى التى صدر فيها (٦) . وهكذا اذا صدر حكم فى دعوى ملكية بين (أ) و (ب) مقررا أن (أ) هو مالك العقار ، فان مستأجر العقار ملزم باحترام هذا القضاء ، ومن حقه أن يستند اليه . فعليه أن يدفع أجرة العقار الى (أ) وتبرأ ذمته بهذا الدفع ولو كان قد استأجر العقار من (ب) . على أن الاحترام لا يعنى أن لهذا القضاء حجية فى

---

(١) كوستا : المرافعات — بند ١٨٥ — ٢٢٠ .

(٢) انظر : ديباش — مشار اليه — بند ١٤٤ ص ١٢٧ .

(٣) رولاند : حجية الامر المقضى بند ١١٦ ص ١٤٧ وما بعدهما .

(٤) نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٨٠٧ — ١٤ .
(. ولهذا فان الحكم بالزام المؤجر بقيمة استهلاك المياه الصادر لمصلحة بعض المستأجرين لا حجية له بالنسبة للاخرين) .

(٥) نقض مدنى ١٩٨٠/١/٥ فى الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٤٥ ق .

(٦) كيوفندا : نظم — جزء اول بند ١٣٣ ص ٣٦٥ .

مواجهة المستأجر . فهذا الأخير من الغير . ولهذا يستطيع هو — رغم صدور الحكم — أن يرفع دعوى على (أ) للمطالبة بالملكية لنفسه .

ومن ناحية أخرى فان من الغير من تمتد اليه الحجية (١) . ويحدث هذا اذا كان الغير فى مركز قانونى يعتمد على المركز الذى قرره الحكم القضائى ، وذلك كما فى حالة الكفيل الذى تمتد اليه حجية القضاء الصادر فى مواجهة المدين بالنسبة لتقرير وجود الدين ، وحالة المستأجر من الباطن بالنسبة للحكم الصادر ببطلان عقد الايجار الأصلى (٢) .

كذلك فان هناك غير وان لم تمتد اليه الحجية ، الا أنه يتأثر بهذه الحجية من الناحية الفعلية ، فيصيبه ما يمكن تسميته بالأثر الانعكاسى لحجية الأمر المقضى . ومن هؤلاء دائنو المحكوم له (٣) . فاذا صدر حكم بملكية (أ) لشيء معين فى مواجهة (ب) ، فان دائنى (أ) يستطيعون التنفيذ عليه (٤) .

وقد ثار الخلاف حول القضاء الصادر بشأن حالة الشخص . فاذا صدر حكم يقرر الأبوة أو البنوة أو رابطة الزوجية أو يفسخ هذه الرابطة ، أو صدر حكم يقرر جنسية معينة لشخص . فى جميع هذه الحالات تتقرر حالة الشخص ، وهذه الحالة لا يمكن الا أن يعترف بها من الجميع . وقد قيل أن القضاء الذى يتعلق بحالة الشخص له حجية مطلقة (٥) ذلك أن الشخص لا يمكن أن يعتبر زوجا وغير زوج ، مصريا وغير مصرى .

---

(١) كيوفندا : نظم — جزء اول بند ١٣٥ ص ٣٦٨ — ٣٧١ .
(٢) ساتا : بند ١١١ ص ١٧١ — ١٧٢ .
(٣) ردنتي : المرافعات — جزء أول بند ١٥ ص ٧٠ .
(٤) ميكيلى : جزء اول بند ٨٥ ص ٢٩٨ — ٢٩٩ .
(٥) نقض مدنى اول يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٩٢ — ١٨
(٦) كما قيل بوجوب التفرقة فى هذا الشأن بين القضاء المقرر للحالة المدنية والقضاء المنشىء لهذه الحالة . فالقضاء المنشىء كالقضاء بالطلاق او بابطال الزواج أو بتوقيع الحجر للعته له حجية مطلقة ، اما القضاء المقرر فحجيته نسبية . عبد الرزاق السنهورى : الوسيط — جزء ثان بند ٣٧٣ ص ٦٩٥ . وولاند : بند ٨٤ ص ١١١ . وانظر حيثيات حكم نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٢١٤ — ٣٤ .

ونرى أن هذا القضاء — سواء كان تقريريا أو منشئا — له حجية نسبية. حقيقة أن الحالة المدنية بالنظر اليها فى ذاتها لا يمكن أن تكون الا مطلقة • ولكن هذه الحالة تعتبر مركزا قانونيا يهم بصفة أساسية أشخاصا معينين • فحالة الزوجية تهم الزوج والزوجة ، وحالة الأبوة الشرعية تهم الولد والوالدين • فاذا رفعت الدعوى ، وحصل التأكيد القضائى فى مواجهة هؤلاء ، فان الحجية تتكون فى مواجهتهم دون غيرهم • أما الآخرون فانهم يجب عليهم احترام الحالة التى تقررت ، فهم يتأثرون بهذا التقرير من الناحية الفعلية ، أى يتأثرون بالتقرير كواقعة حدثت ، دون أن يعنى هذا امتداد الحجية اليهم (١) ، ولهذا اذا صدر حكم يقرر الأبوة الشرعية ، فانه يجوز لولد آخر أن يرفع الدعوى منكرا هذه الصفة على أساس أن هذا التقرير فيه اعتداء على مركزه القانونى كوارث (٢) • ولا يستثنى من هذا الا دعاوى الحسبة التى يرفعها الشخص — وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية — فالحكم الصادر فى دعوى الحسبة تكون له حجية مطلقة حتى بالنسبة لمن لم يكن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها (٣) •

٩٢ — أساس حجية الأمر المقضى : نشأت نظريات مختلفة فى هذا الصدد (٤) • والنظرية السائدة فى كل من الفقهين الفرنسى (٥) والمصرى (٦)

---

(١) ردنتى : المرافعات — جزء أول بند ١٥ ص ٧١ .
(٢) نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ — ٢١٤ — ١٣٤.
(٣) أنظر حكما هاما صدر من محكمة النقض فى ٣٠ يونيو ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥١ ق . وقد قضى بأن الحكم الذى يصدر فى دعوى الحجر سواء باجابة الطلب وتوقيع الحجر أو برفض الطلب أى بنفى عارض الاهلية — واكتمال الاهلية تكون له حجية مطلقة فى مواجهة الكافة : لأنه ينطوى على معنى الحسبة وليس بخصومة حقيقية مما استوجب ضمانات خاصة من بينها وجوب تمثيل النيابة العامة . وتكون النيابة العامة هى الخصم الاساسى فى الدعوى باعتبارها ممثلة للمجتمع . أما طالب الحجر فهو لايعد طرفا فى دعوى الحجر ولا خصما للمطلوب حجره اذ انه لا يطالب بحق ذاتى قبله . ويستوى ان يكون الحكم مقررا أو منشئا لحالة الشخص .
(٤) وجدى راغب : رسالة — ص ١٨٤ وما بعدها .
(٥) سوليس وبيرو : : محاضرات ص ٦٧٠ .
(٦) رمزى سيف : بند ٥٤٤ ص ٦٩٧ . عبد الرزاق السنهورى : الوسيط جزء ثان بند ٦٧٧ ص ٦٤٠ .

أن اساس الحجية هو افتراض أن مايقرره الحكم يطابق الحقيقة. ويعيب هذه النظرية أن حجية الأمر المقضى لا تتعلق بتقرير وقائع ، وانما بتطبيق القانون على هذه الوقائع (١) . حقيقة أن هذا التطبيق يفترض تقريرا للوقائع ، ولكن هذا التقرير لا أهمية له الا لتكوين ارادة القانون الحالة المعينة. ولأن حجية الأمر المقضى تتعلق بتطبيق القانون فى الحالة المعينة فهى نسبية الأثر . ولو كان أساس الحجية هو افتراض الحقيقة لوجب أن تكون مطلقة اذ الحقيقة واحدة بالنسبة للجميع . ومن ناحية أخرى ، فان نظرية الحقيقة لا تستطيع تفسير لماذا تقتصر الحجية على المنطوق وما يكمله ، ولا تنطبق على كل عناصر الحكم (٢) .

ونرى أن أساس حجية الأمر المقضى يكمن فى وظيفة القضاء باعتباره يطبق القانون فى حالة معينة ويمنح بالتالى الحماية القضائية . فهذه الحماية لا يمكن أن تتحقق من الناحيتين العملية والاجتماعية ما لم تكن لها حجية تكفل ضمان الاستقرار للحقوق والمراكز القانونية التى أكدتها أحكام القضاء (٣) . وكما أن القانون يجب احترامه ولو كان معيبا أو غير عادل ، فكذلك القضاء الذى يطبق القانون (٤) . وهذا الأساس هو وحده الذى يفسر نطاق الحجية . فلأن أساس الحجية هو ضمان تحقيق الحماية القضائية ، فان هذه الحجية لا تكون أثرا الا للأعمال القضائية التى تمنح هذه الحماية . وهى تكون أثرا فقط للمنطوق أى لقرار القاضى ، اذ هذا القرار هو الذى يتضمن منح هذه الحماية . كما أن هذا الأساس يفسر علة قصر الحجية على أطراف الدعوى الممثلين فى الخصومة ، فالحماية القضائية انما تمنح — نتيجة لخصومة — لشخص فى مواجهة الطرف الآخر الذى اعتدى على حقه أو مركزه القانونى .

---

(١) موريل : بند ٥٧٧ ص ٤٥٠ . بيكيه : دروس ص ١٠٢ . محمد عبد الخالق عمر : بند ٤٠٨ ص ٢٠٢ . ميكيلى : جزء أول بند ٨٤ ص ٢٩٤ . وأنظر : وجدى راغب : ص ٣٥ .

(٢) وجدى راغب : رسالة — مشار اليها ص ١٩٤ .

(٣) بيكيه : دروس ص ١٠٢ — ١٠٣ .

(٤) رولاند : بند ٥٩ ص ٥٨ .

كما أنه يفسر وجوب وحدة الموضوع ووحدة السبب اذ الحماية القضائية تتقرر بقبول دعوى معينة أو برفضها .

٩٣ — تعلق حجية الامر المقضى بالنظام العام : لم يقرر القانون حجية الامر المقضى لصالح الخصوم ، وانما قررها للصالح العام الذى يدعو الى استقرار الحماية القضائية . ولهذا تتعلق الحجية بالنظام العام . فللقاضى — بل عليه — أن يتمسك بها من تلقاء نفسه (مادة ١٠١ من قانون الاثبات) فاذا عرضت عليه دعوى سبق صدور حكم فيها فيجب عليه أن يحكم بعدم قبولها ، ولا يؤثر فى هذا نزول الخصوم عن الحجية ولا اتفاقهم . حقيقة أن للخصم أن ينزل عن حقه ولو كان مؤكدا فى عمل قضائى ، كما أن له أن يتفق مع خصمه على تنظيم مختلف لعلاقتهما ، ولكن حجية الحكم شىء مختلف . فالمسألة الأولى تتعلق بحق خاص أما الثانية فهى تتعلق بأحد مرافق الدولة العامة . فالدولة تنظم القضاء وتعطى لكل شخص امكانية الالتجاء اليه . ولكن لا تكون له هذه الامكانية الا مرة واحدة بالنسبة لنفس الدعوى . ولا يمكن القول بقيام القضاء بالفصل فى الدعوى أكثر من مرة اذا ارتأى الخصوم هذا لما فيه من تعطيل لمرفق القضاء . ومن ناحية أخرى ، فان القاضى يطبق القانون ، ويجب على القضاة الآخرين احترام هذا التطبيق ولو أراد الخصوم عدم احترامه .

وتتيجة لهذا فان للنيابة العامة — اذا تدخلت فى الدعوى — أن تثير حجية الحكم السابق ووجوب التقيد بها (١) . ويعتبر باطلا أى اتفاق بين الخصوم على عدم التقيد بهذه الحجية (٢) .

---

(١) بيكية : دروس ص ١٠٢ .

(٢) بوناكورسو : حجية الامر المقضى ص ٣٢ .

القسم الثانى

القاضى

٩٤ — فكرة القاضى : تقوم الدولة بموجب سلطتها القضائية بمنح الحماية القضائية ، وهى تفعل هذا عادة بواسطة القضاة الذين يعملون بالمحاكم العادية التى تنظمها لأداء هذه الوظيفة . واصطلاح القاضى قد يقصد به أحد معنيين : فقد يقصد به كل شخص تكون وظيفته العادية هى ولاية القضاء ، فينظر الى القاضى كفرد ، وقد يقصد به الجهاز الذى يباشر من خلاله هذا الفرد — وحده أو مع غيره — مهمة القضاء . أى الوحدة التى تعمل الدولة من خلالها على منح الحماية القضائية . وهذه هى المحكمة (١) . والمحاكم التى تمنح حماية القضاء المدنى تنظمها جهة قضائية واحدة تسمى بجهة المحاكم . ولهذا فان دراسة القاضى تقتضى من ناحية ، دراسة شخص القاضى . فندرس طريقة اختياره وضماناته . ومن ناحية أخرى دراسة ولاية جهة المحاكم ، ثم تنظيم المحاكم وقواعد اختصاصها .

---

(١) كارنيلوتى : نظم — جزء أول بند ١١٤ ص ١١١ — ١١٢ .

الباب الأول

اختيار القاضي وضماناته

الفصل الأول

اختيار القاضي

ان ضمان قضاء عادل يتوقف على حسن اختيار من يقوم به • ويمكن القول ــ بصفة عامة ــ ان الدول تعرف أحد نظامين :

٩٥ ــ أولا : انتخاب القضاة : وهذا هو النظام الذى يؤخذ به فى سويسرا (١) ، وفى الولايات المتحدة الأمريكية (٢) ، وفى الاتحاد السوفيتى(٣) • وعلى رأس أنصار هذا النظام : موتسكييه Montesquieu وهم يدافعون عنه على أساس أنه يضمن استقلال القاضى عن السلطة التنفيذية ، ويؤدى الى اهتمام الشعب بالقضاء والى زيادة الصلة بين المحكمة والشعب • كما أنه يدعو بالضرورة الى تبسيط الاجراءات حتى يستطيع القاضى المنتخب تطبيقها • وهو أخيرا يتلافى تكوين القضاة

---

(١) بالنسبة لاختيار قضاة المقاطعات :

Rontin (Maurice) : L'élection des juges, thèse, Paris 1908 p. p. 27-48.

Fontaine (Maxime) : Du recrutement des juges, thèse Paris 1905, p. p. 46-51.

(٢) فى ٣٦ ولاية من الولايات المتحدة بالنسبة لمحاكم الولايات انظر فى هذا:

Vanderbilt (Anthor T.) : Judges and jurors, their functions qualifications and selections, Boston 1958, p. p. 37-39.

(٣) بالنسبة لجميع المحاكم انظر : قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى ــ للؤلف ــ بند ٢٥ ص ٣٥ .

لطبقة منعزلة عن الشعب تطبق القانون تطبيقا جامدا دون مراعاة اتجاهات الشعب وميوله (١) .

ورغم هذه المزايا ، فاننا نرى أنه نظام غير جدير بالتأييد (٢) فالقاضى المنتخب حرصا منه على تجديد انتخابه يخضع حتما لتأثير من ساعدوه فى الانتخاب ، واستقلال القاضى يجب تأكيده لا فى مواجهة السلطة التنفيذية وحدها ، ولكن أيضا فى مواجهة التنظيم السياسى والناخبين (٣) ومن ناحية أخرى ، فان الناخبين قد لا ينتخبون الشخص الأكثر كفاءة وعلما وانما ينتخبون الشخص الأكثر شعبية بصرف النظر عن كفاءته (٤) .

٩٦ — **ثانيا : تعيين القضاة** وهذا هو النظام الذى تأخذ به غالبية الدول(٥)، ومنها مصر . فالاحكام التى يصدرها القضاة يصدرونها باسم الشعب ، ورئيس الدولة كممثل لهذا الشعب هو أصلح من يعينهم (٦) . واذا كان هذا النظام يخالف مبدأ الفصل بين السلطات ، فمن المسلم الآن أن هذا المبدأ ليس مطلقا . والعيب الأساسى الذى يوجه الى هذا النظام هو الخوف من خضوع القضاة للحكومة التى عينتهم . ودفعا لهذا الخوف تحرص التشريعات المختلفة ، من ناحية ، على النص على شروط موضوعية يجب اتباعها عند تعيين القضاة ، ومن ناحية أخرى ، على تنظيم ضمانات تكفل استقلال القاضى فى مواجهة الحكومة .

٩٧ — **شروط تعيين القضاة فى مصر** : تنص المادة ٣٨ وما بعدها من قانون السلطة القضائية على الشروط التى يلزم توافرها فيمن يولى القضاء فى مصر . وهذه الشروط هى :

---

(١) Franchi (Guiseppe) : Appunti sul processo di cognizione sovietico, in. riv. dir-proc. 1962-p. 270.

(٢) رونتان : رسالة ص ٧٩ وما بعدها . فونتين : رسالة ص ١١٥ وما بعدها .

(٣) قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى — للمؤلف — ص ١٥٠ .

(٤) فندربيلت : قضاة ومحلفون — مشار اليه — ص ٤ — ٤٧ .

(٥) موريل : بند ١٢٥ ص ١٢٣ . فونتين : رسالة ص ١٢٣ .

(٦) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٢١ ص ٦٣٢ .

١ — **ما يتعلق بالجنسية** : يجب أن يكون مصريا • فالقاضي موظف عام (١) ، ولا يجوز أن يتولى الوظائف العامة الا المصريون • هذا فضلا عن أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة ، ولا يجوز أن يكون عضو الدولة فى تولى سلطتها الا من يتمتع بجنسيتها • ولا يشترط أن تتوافر فى الشخص الجنسية المصرية الأصلية ، فيستوى — وفقا لقانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ — أن تكون الجنسية أصلية أو طارئة (٢) •

واذا توافر شرط الجنسية المصرية فلا يهم أن يكون المصرى رجلا أو امرأة ، وان كان الأمر قد جرى على عدم تولى المرأة فى مصر منصب القضاء •

٢ — **ما يتعلق بالسن** : يجب ألا يقل عن ثلاثين سنة للتعين كقاض ، وعن ثمانية وثلاثين سنة للتعيين كمستشار بمحكمة استئناف ، وعن ثلاث وأربعين سنة للتعيين كمستشار بمحكمة النقض • وهذا التحديد لازم لما يتطلبه القضاء من نضوج فى الفكر وقوة فى الشخصية وخبرة بأمور الحياة •

٣ — **ما يتعلق بالأهلية والاعتبار** : يجب أن يكون كامل الأهلية المدنية ، محمود السيرة وحسن السمعة ، غير محكوم عليه من محكمة أو من مجلس تأديب لأمر مخل بالشرف ولو كان قد رد اليه اعتباره • وذلك حتى يكون تطبيقه للقانون محلا لاحترام الجميع •

٤ — **ما يتعلق بعلمه بالقانون** : يجب أن يكون حاصلا على «ليسانس» الحقوق من احدى كليات الحقوق بالجامعات المصرية : أو أن يجتاز بنجاح امتحان المعادلة اذا كان حاصلا على « ليسانس » الحقوق من جامعة أجنبية •

٥ — **ما يتعلق بالخبرة فى العمل القانونى** : تختلف الخبرة المطلوبة ومدتها حسب الدرجة التى يعين فيها القاضى ، أى حسب ما اذا عين

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٢٤ ص ٦٣٤ •
(٢) أنظر : فؤاد رياض — الوسيط فى القانون الدولى الخاص ١٩٧٧ — جزء أول بند ٢٧٨ ص ٣٠٨ •

قاضيا أو رئيسا بالمحكمة الابتدائية أو مستشارا بمحكمة استئناف أو مستشارا بمحكمة النقض (المواد ٣٩ — ٤٣ سلطة قضائية) .

ويكون التعيين بقرار من رئيس الجمهورية ، وذلك بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى(١)،(٢)،اذا تعلق الأمر بتعيين رؤساء محاكم الاستئناف ونوابها ومستشاريها والرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة (٣) . وعلى القاضى أن يحلف يمينا بأن يحكم بين الناس بالعدل وأن يحترم القوانين . (مادة ٧١ سلطة قضائية) .

---

(١) مجلس القضاء الاعلى : وفقا للمادة ٧٧ مكررا من قانون السلطة القضائية مضافة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ ، أعيد مجلس القضاء الاعلى مهيمنا على شئون القضاة وضامنا استقلالهم . وهو يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام واقدم اثنين من نواب رئيس محكمة النقض وأقدم اثنين من رؤساء محاكم الاستئناف الاخرى . ويختص المجلس بنظر كل مايتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب واعارة رجال القضاة والنيابة العامة وكذلك سائر شئونهم على النحو المبين فى قانون السلطة القضائية .

(٢) المجلس الاعلى للهيئات القضائية : بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ (نشر فى الجريدة الرسمية فى ٣١ اغسطس ١٩٦٩) انشىء مجلس أعلى يتولى الاشراف على الهيئات القضائية والتنسيق فيما بينهما ويبدى رأيه فى جميع المسائل المتعلقة بهذه الهيئات : كما يتولى دراسة واقتراح التشريعات الخاصة بتطوير القضاء (مادة ١) . ويشكل هذا المجلس برياسة رئيس الجمهورية ومن وزير العدل نائبا لرئيس المجلس و ٩ اعضاء يمثلون الهيئات القضائية المختلفة وهم رئيس كل من المحكمة العليا ومحكمة استئناف القاهرة ، والنائب العام ورئيس ادارة قضايا الحكومة ومدير النيابة الادارية واقدم نواب رئيس مجلس الدولة واقدم رئيسى محكمتى القاهرة الابتدائيتين . ويمكن بقرار جمهورى أن يضم اليهم عضوان من الاعضاء السابقين فى هذه الهيئات بدرجة مستشار او ما يعادلها لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد (مادة ٣) وقد أكد الدستور المصرى سنة ١٩٧١ وجود المجلس الاعلى ورئاسة رئيس الجمهورية له (مادة ١٧٣ من الدستور). ووفقا للمادة الثالثة من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ ، حل مجلس القضاء الاعلى محل المجلس الاعلى للهيئات القضائية فى اختصاصاته المتعلقة بشئون قضاة جهة المحاكم .

(٣) مادة ٣٨ بند ٢ من قانون السلطة القضائية . فاذا عين مستشارا بمحكمة النقض فيعين من بين اثنين ترشح أحداهما الجمعية العامة لمحكمة النقض ويرشح الآخر وزير العدل . وان كان احد نواب محكمة النقض فيعين بناء على ترشيح هذه الجمعية بعد موافقة مجلس القضاء الاعلى . ويعين رئيس محكمة النقض من بين نواب الرئيس بعد اخذ راى مجلس القضاء الاعلى .

الفصل الثانى

ضمانات القاضى

٩٨ ـ مبدأ استقلال القضاء : لكى يقوم القاضى بمهمته يجب أن يكفل له الاستقلال فى الرأى والحيدة فى أحكامه • ولهذا تحرص الدول الحديثة على تأكيد مبدأ استقلال القضاء كأحد المبادىء الأساسية فى الدستور • فتنص المادة ١٦٦ من الدستور المصرى على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون • ولايجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو شئون العدالة » • ولم يكتف القانون بتقرير المبدأ دستوريا ، بل قرر ضمانات مختلفة للقاضى تكفل له استقلاله • ولا يقصد بهذه الضمانات حماية شخص القاضى ، وانما يقصد بها حماية استقلاله فى وظيفته ، حتى يحسن أداءها (١) •

المبحث الأول

حماية القاضى من الحكومة

٩٩ ـ اولا ـ عدم القابلية للعزل : فلا يجوز فصل القضاة أو احالتهم الى المعاش أو سحب تعيينهم أو وقفهم بارادة الحكومة (٢) • وهذه هى أهم الضمانات • وتقررها المادة ١٦٨ من الدستور المصرى « القضاة غير قابلين للعزل » •وعبر التاريخ بدت الحاجة ماسة الى هذه الضمانة بصفة خاصة فى العهود التى ثقلت فيها يد الحكومة على كل من بدا منه استقلال فى الرأى (٣) ، اذ كان عزل القضاة وسيلة المستبد لاسكات كل صوت حر ينكل به فلا يجد قاضيا يجرؤ على حمايته • فبغير هذه الضمانة لايمكن لقاض أن يطبق ما يعتقد أنه القانون ، ولا يمكن ـ بالتالى ـ لقانون أن

---

(١) موريل : موريل : بند ١٣٧ . فنسان : بند ١٥٩ ص ١٩٠ .
(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٧٦ ص ٦٦٢ . فنسان : الاشارة
(٣) رونتان : رسالة مشار اليها ص ١٢ . .

يسود • ويشمل المبدأ جميع القضاة منذ تعيينهم ، كما يشمل رجال النيابة العامة عدا معاونى النيابة (مادة ٦٧ من قانون السلطة القضائية) •

ويلاحظ أن عدم القابلية للعزل لاتعنى بقاء القاضى فى وظيفته طوال حياته • ففضلا عن امكان عزله تأديبيا ، فانه يحال الى المعاش فى سن الستين كغيره من موظفى الدولة (١) ، كما أنه يمكن أن يحال الى المعاش اذا تبين عجزه لأسباب صحية عن القيام بوظيفته على وجه لائق (٢) أو عدم صلاحيته لغير الأسباب الصحية لولاية القضاء (٣) • وأخيرا ، فان للقاضى أن يستقيل من وظيفته • وفى هذا الشأن يرتب له القانون حكمين خاصين فاستقالته تعتبر نافذة منذ تقديمها لوزير العدل — ما دامت غير مقترنة بقيد أو معلقة على شرط — وليس من تاريخ قبولها • ومن ناحية أخرى ، لا يترتب عليها سقوط حق القاضى فى المعاش أو المكافأة (مادة ٧٠ سلطة قضائية) •

١٠٠ — ثانيا : تقرير قواعد خاصة بالنسبة لترقية القضاة ومرتباتهم وتأديبهم وانهامهم ومحاكمتهم جنائيا : للقضاة فى الدولة الحديثة نظام قانونى خاص بهم يخضعون له دون النظام العام للعاملين بالدولة • وقد وردت النصوص المتعلقة بهذا النظام فى مصر ضمن نصوص قانون السلطة القضائية • ووفقا له يتمتع القضاة بضمانات متعددة أهمها بالنسبة للمسائل التالية :

---

(١) ووفقا للمادة ٦٩ من قانون السلطة القضائية « لا يجوز أن يبقى فى وظيفة القضاء او يعين فيها من جاوز عمره الستين سنة ميلادية » . على انه منعا من تعطيل الفصل فى القضايا تضيف الفقرة الثانية من هذه المادة معدلة بالمادة الاولى من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣ انه اذا بلغ القاضى هذه السن أثناء السنة القضائية (من أول اكتوبر الى اول يوليو) فانه يبقى فى الخدمة حتى اول يوليو « دون ان تحسب هذه المدة فى تقدير المعاش او المكافاة » .

(٢) على انه — حماية للقضاة — تكون الاحالة الى المعاش فى هذه الحالة بقرار جمهورى بناء على طلب وزير العدل بشرط الموافقة المسبقة من مجلس القضاء الاعلى .

(٣) كما يمكن بدلا من الاحالة الى المعاش نقل القاضى الى وظيفة غير قضائية وفقا لضمانات تنص عليها المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية . وهذه الاسباب قد تتعلق بسلوك القاضى فى حياته اليومية أو بصلاته وروابطه بالاخرين .

١ — **ترقية القضاة** : اذا تركت ترقية القضاة فى يد الحكومة ، فان مبدأ عدم القابلية للعزل يصبح بغير فاعلية . اذ تستطيع الحكومة بترك من تغضب عليهم من القضاة دون ترقية ، وبترقية من يصادف هواها الاضرار باستقلال القضاة وحيدتهم (١) وبهذا يغدو القاضى الذى يقيم العدالة بين الناس مفتقدا اياها لنفسه ، منشغلا بما يقع عليه من ظلم عن رفع الظلم عن الآخرين . وأمام خطورة مثل هذا الوضع ، اقترح البعض عدم الأخذ بنظام الترقية بالنسبة للقضاة . فيعين القاضى بنفس المرتب والدرجة الذين تنتهى بهما خدمته (٢) . ولكن يعيب مثل هذا النظام أن الغاء الترقية يتنافى مع الأمل الطبيعى لدى كل نفس بشرية فى مركز أحسن، فبغير هذا الأمل يتراخى المرء فى عمله ويميل الى كراهيته . ومن ناحية أخرى ، فان نظام الترقية فى سلم القضاء هو الوسيلة الأكثر ضمانا للتأكد من صلاحية شخص معين لتولى منصب قضائى أكثر تقدما ، وبالتالى أكثر مسئولية (٣) .

والواقع أن العيب ليس فى نظام الترقية ، انما فى عدم وضع قواعد محددة لها . وفى تركها فى يد الحكومة (٤) . ولهذا أخذ القانون المصرى بترقية القضاة وفق نظام معين ، اذ رتب القضاة فى وظائف متتابعة ، تكون الترقية لاحداها من الوظيفة التى تسبقها مباشرة فى القضاء أو النيابة ، وقرر أن تراعى بالنسبة لهذه الترقية عدة ضمانات أهمها :

(أ) تكون الترقية بقرار من رئيس الجمهورية وبشرط موافقة مجلس القضاء الأعلى (مادة ٤٤ سلطة قضائية) .

(ب) تكون الترقية وفق ضوابط معينة تتعلق بالاقدمية والكفاءة نصت عليها المادة ٤٩ سلطة قضائية .

---

(١) Carish (Charles). De l'inamovibité de la magistrature thèse 1909. pp. 26-27.

(٢) انظر : كاريش — رسالة ص ٢٧ — ٢٨ .

(٣) فونتين : رسالة ص ١٢٧ — ١٢٨ .

(٤) كاريش : رسالة ص ٢٨ — ٣٠ فونتين : الاشارة السابقة .

(جـ) عندما يعد وزير العدل الحركة القضائية ، عليه — قبل عرض الحركة القضائية بثلاثين يوما على الاقل — أن يخطر من كان من القضاة قد حل دوره فى الترقية ولم تشمله الحركة لسبب غير متصل بتقارير الكفاية ، ويبين فى الاخطار أسباب التخطى . ولهذا القاضى أن يتظلم من تخطيه .

(٢) مرتبات القضاة : تحرص الدول المختلفة على منح القضاة مرتبات مجزية تكفل لهم حياة كريمة تبعد عنهم عوامل الاغراء . وفى مصر ، يتمتع القضاة بكادر مالى متميز عن الكادر العام للموظفين ، ملحق بقانون السلطة القضائية .

(٣) نقل القضاة : لا شك أن الحكومة تستطيع ان ترك فى يدها أمر نقل القاضى من محكمة الى أخرى أن تبطش به بنقله الى محكمة نائية أو أن تعطيه ميزة خاصة بابقائه دائما فى العاصمة . ولهذا حرص القانون المصرى على أن يجعل أمر نقل القضاة لا فى يد الحكومة أو وزير العدل ، بل فى يد مجلس القضاء الأعلى . ومن ناحية أخرى ، لم يترك القانون مسألة نقل القضاة بغير ضوابط محددة ، فقررت المادة ٥٢ سلطة قضائية أنه « لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو اعارتهم الا فى الأحوال وبالكيفية المبينة بهذا القانون » (انظر المواد ٥٣ وما بعدها من قانون السلطة القضائية) .

(٤) تاديب القضاة : يتمتع القاضى باستقلاله كاملا فى ابداء رأيه فى الدعوى . وخطؤه فى هذا قد يعرض حكمه للالغاء بطريق من طرق الطعن ، ولكنه لايعرضه للمساءلة التأديبية . ولكن قد يقع من القاضى ما يعرضه لهذه المساءلة . وهذه المساءلة ضرورية حتى يؤدى القاضى واجبة على أكمل وجه . ومن المستحيل أن تحدد مقدما الوقائع التى يمكن أن تكون سببا للمسئولية التأديبية للقضاة [١] ، ولكن يمكن تقسيمها الى ثلاث مجموعات [٢] :

---

(١) كاريش : رسالة ص ١١٢ .

(٢) انظر : كاريش — رسالة ص ١١٤ — ١١٧ . سوليس وبيرو : جزء اول بند ٨٢١ ص ٦٩٤ .

(أ) ما يتصل بأداء القاضى لوظيفته : من هذه تخلفه عن واجب الاقامة فى البلدة التى بها مقر عمله (مادة ٧٦ سلطة قضائية)،أو عن واجب الحضور لعمله وعدم التغيب فى غير أجازة (مادة ٧٧ سلطة قضائية) ٠

(ب) ما يتصل بحياته الخاصة : فعلى القاضى أن يراعى فى حياته الخاصة الامتناع عن أى سلوك — ولو كان فى ذاته مشروعا — لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه من وقار وبعد عن الشبهات ٠ فبالنسبة لوظيفة القضاء ، لا يمكن الفصل بين الوظيفة وحياة القاضى الخاصة (١) ٠

(جـ) ما يتصل بنشاطه الخارجى : فيمتنع على القاضى من ناحية القيام بمزاولة التجارة أو أى وظيفة أو عمل لا يتفق مع استقلال القضاء وكرامته٠ ومن ناحية أخرى ، الاشتغال بالسياسة أو ابداء أى رأى سياسى (انظر المادتين ٧٢ و ٧٣ سلطة قضائية) ٠

فاذا كان خطأ القاضى بسيطا لا يستوجب محاكمة تأديبية ، فانه يكفى توجيه تنبيه للقاضى بشأنه (٢) ٠ ويكون توجيه التنبيه اما من رئيس المحكمة التى يتبعها القاضى من تلقاء نفسه أو بناء على قرار الجمعية العمومية بها ، واما من وزير العدل بالنسبة لرؤساء المحاكم الابتدائية أو قضاتها بعد سماع أقوالهم (٩٤ سلطة قضائية) (٣) ٠ أما اذا تكررت هذه المخالفة أو استمرت رغم التنبيه النهائى ، أو كان الخطأ كبيرا يستوجب المحاكمة التأديبية : فان الدعوى التأديبية تقام ضد القاضى ٠

ويختص بتأديب القضاة مجلس تأديب خاص يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف وأقدم

---

(١) كاريش : رسالة ص ٨٢ — ٨٣ ٠
(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٢٣ ص ٦٩٥ ٠
(٣) ووفقا لنفس المادة ، للقاضى الاعتراض على التنبيه الكتابى الصادر من رئيس المحكمة (دون الشفوى) أو التنبيه الصادر من وزير العدل ٠

ثلاثة من مستشارى محكمة النقض (١) • وقد أحاط القانون المحاكمة التأديبية بضمانات عدة أهمها :

(أ) لاتقام الدعوى التأديبية الا من النائب العام بناء على طلب وزير العدل أو رئيس المحكمة التى يتبعها القاضى (٩٩/١ سلطة قضائية) • وبهذا لم يترك أمر تحريكها الى أى شخص أو أى سلطة يمكن أن تتأثر باعتبارات سياسية (٢) • على أنه منعا من تهاون النائب العام لأى اعتبار : لمجلس التأديب اذا لم يقم النائب العام برفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلب تولى التأديب من تلقاء نفسه (٩٩/٣ سلطة قضائية)•

(ب) لا يقدم الطلب من النائب العام الا اذا سبقه تحقيق جنائى وتحقيق ادارى يتولاه أحد كبار القضاة (٩٩/٢) •

(جـ) تنقضى الدعوى التأديبية باستقالة القاضى أو احالته الى المعاش (١٠٤/١ سلطة قضائية) ، وذلك رفعا للحرج عنه •

(د) على خلاف القاعدة العامة ، تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية (١٠٦ سلطة قضائية) ، ويكون النطق بالحكم أيضا فى جلسة سرية (مادة ١٠٧) •

(هـ) حفظا لكرامة القاضى لا يحكم على القاضى الا باحدى عقوبتين : اللوم أو العزل من الوظيفة (١٠٨ سلطة قضائية) • ولا يجوز نشر الحكم بلوم القاضى فى الجريدة الرسمية (مادة ٢/١١٠) •

---

(١) وفقا للمادة ١١٢ من قانون السلطة ، يعرض وزير العدل على هذا المجلس أمر الرؤساء والقضاة بالمحاكم الابتدائية الذين حصلوا على تقريرين من ادارة التفتيش القضائى عن أعمالهم بدرجة اقل من المتوسط . وللمجلس بعد سماع أقوالهم ان يقرر احالتهم الى المعاش او نقلهم الى وظائف غير قضائية . وهذه الاحالة او النقل ليست من قبيل العقوبات التأديبية وانما من قبيل جعل مهمة التفتيش القضائى ذات فاعلية بالنسبة لفهم القاضى للقانون وتطبيقه له .

(٢) كاريش : رسالة ص ١٢٣ — ١٢٤ .

(٥) اتهام القضاة ومحاكمتهم جنائيا : منعا من اتخاذ اجراءات اتهام أو تحقيق أو محاكمة جنائية تعسفا ضد قاض للتنكيل به ، قرر القانون جعل هذه الاجراءات تحت اشراف مجلس القضاء الاعلى ، مع مراعاة مايلى (المادتان ٩٥ و ٩٦ سلطة قضائية) :

(أ) لا يجوز القبض على القاضى أو حبسه احتياطيا الا بعد موافقة المجلس . فاذا كان القاضى متلبسا . أمكن القبض على القاضى وحبسه ولكن على النائب العام أن يرفع الامر الى المجلس خلال ٢٤ ساعة . ويقرر المجلس استمرار الحبس أو الافراج عن القاضى بكفالة أو بدونها بعد سماع أقوال القاضى اذا طلب ذلك .

(ب) لايجوز اتخاذ أى اجراء من اجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى الجنائية عليه فى جناية أو جنحة الا بعد موافقة المجلس بناء على طلب النائب العام .

(جـ) يحبس القضاة احتياطيا ، كما تنفذ ضدهم العقوبات السالبة للحرية ، فى أماكن مستقلة عن باقى المتهمين أو السجناء .

المبحث الثانى
حماية القاضى من الخصوم
((مخاصمة القضاة))

١٠١ - فكرة المخاصمة واساسها القانونى : القاعدة فى القانون الحديث ، أن كل خطأ يرتب ضررا يؤدى الى مسئولية فاعله عن التعويض . واذا طبقت هذه القاعدة على اطلاقها بالنسبة للقاضى فى علاقته بالخصوم . لتعرض لكثير من دعاوى التعويض التى يرفعونها عليه . فلا شك أن كثيرا من المحكوم عليهم يعتقدون أنهم ضحايا لأخطاء القاضى . ولو ترك القاضى تحت تهديد دعاوى التعويض فانه لن يشعر بالاستقلال فى الرأى عند اصداره أحكامه ، كما أنه سينشغل بالدفاع فى هذه الدعاوى عن أداء

واجبه مما يؤدى الى تعطيل عمله (١) على أنه لايمكن أن يكون مؤدى هذا اعفاء القضاة من كل مسئولية مدنية ، ذلك أنه اذا كان خطأ القاضى بحيث يشكك فى حياده وفى حسن تطبيقه للقانون فانه يجب أن يكون للخصم الذى أصابه ضرر دعوى مسئولية ضده (٢) .

وللتوفيق بين هذين الاعتبارين ترسم القوانين الحديثة قواعد خاصة لمسئولية القضاة المدنية عن أعمالهم . وهذه القواعد ترمى الى ضمان ألا تؤدى مسئولية القاضى الى التأثير فى استقلاله ، وذلك عن طريقين . الأول : تحديد الحالات التى يسأل فيها القاضى مدنيا ، فعلى خلاف القاعدة العامة بالنسبة للأفراد لا يسأل القاضى عن كل خطأ . الثانى : رسم خصومة لتقرير هذه المسئولية لا تخضع لكل القواعد العامة ، تسمى فى الاصطلاح القانونى بالمخاصمة Prise a partie .

ومسئولية القاضى المدنية هى مسئولية شخصية تقع على عاتق القاضى فى مواجهة الخصم الذى اصابه ضرر(٣) . والأساس القانونى لهذه المسئوليه لا يختلف عن أساس مسئولية أى موظف عام عن عمله (٤) .

١٠٢ — حالات المخاصمة : تحدد المادة ٤٩٤ مرافعات حالات مخاصمة القضاة على سبيل الحصر . فاذا لم تتوافر احدى هذه الحالات ، لم تجز مخاصمة القاضى (٥) . وليس معنى هذا جواز مساءلة القضاة مدنيا خارج هذه الحالات بالاجراءات العادية . فهذا التحديد يعتبر أيضا تحديدا لحالات مسئولية القاضى مدنيا عما يرتكبه أثناء عمله اذ لا يجوز مساءلة

---

(١) فنسان : بند ١٧٤ ص ٢٠٥ .

(٢) موريل : بند ١٥٣ ص ١٤٣ . سوليس وبيرو : جزء اول بند ٨٣٤ ص ٧٩٢ . ردنتى : جزء أول بند ٣٣ ص ١٤٤ .

(٣) Rosco (Ugo) Il guidice e i suoi ausiliari riv. di dit proc civ 1911-1-p. 287.

(٤) ساتا : بند ٣٥ ص ٤٨ .

(٥) روكو : القاضى وأعوانه — مقالة مشار اليها — ص ٢٨٧ . موريل : بند ١٥٣ مكرر ص ١٤٤ . Deroulède (L.) : De la Prise à Partie, thèse Bordeaux 1895 p. p. 66-67.

القاضى مدنيا عما يصدر منه أثناء عمله الا بطريق المخاصمة (١) . على أنه يلاحظ — من ناحية أخرى — أن هذه الحالات انما تحدد مسئولية القاضى عن أعماله التى يقوم بها كقاض . ولا تشمل مسئوليته كفرد . فاذا أخل القاضى بأحد العقود بينه وبين آخر . أو ارتكب خطأ تقصيريا أيا كان فانه يخضع فى مسئوليته المدنية عن هذه الاخطاء للقواعد العامة (٢) . وحالات المخاصمة فى القانون المصرى هى :

١ — اذا وقع من القاضى فى عمله غش أو تدليس أو غدر : ويقصد بالغش fraude او التدليس dol أو الغدر concussio (٣) انحراف القاضى فى عمله عما يقتضيه القانون قاصدا هذا الانحراف . وذلك اما ايثارا لأحد الخصوم أو نكاية فى خصم أو تحقيقا لمصلحة خاصة للقاضى . والمهم هو أن يثبت قصد القاضى الانحراف ، أى سوء النية لديه . ويمكن أن يحدث الانحراف سواء فى مرحلة التحقيق أو فى مرحلة الحكم (٤) . ومثاله فى مرحلة التحقيق أن يعمد القاضى المنتدب للتحقيق الى تغيير شهادة شاهد . ومثاله فى مرحلة الحكم أن يعمد رئيس الدائرة الى التغيير فى مسودة الحكم . ويتصور الانحراف من القاضى ولو تعلق الأمر بعمل له فى أدائه سلطة تقديرية (٥) .

٢ — الخطأ المهنى الجسيم : وقد نص عليه القانون المصرى لاول مرة فى مجموعة ١٩٤٩ ، لما لوحظ فى العمل من صعوبة اثبات سوء النية لدى القاضى ، هذا فضلا عن الحرج الذى يستشعره الخصوم من نسبة سوء النية اليه . والخطأ المهنى الجسيم هو الخطأ الذى يرتكبه القاضى لوقوعه فى غلط فاضح ما كان ليساق اليه لو اهتم بواجباته الاهتمام

(١) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٣٦٠ —

(٢) رمزى سيف : الوسيط بند ٤٤ ص ٦٢ — ٦٣ .

(٣) والاصطلاحات الثلاثة لا لزوم لها وكان يكفى النص على التدليس (كارنيلوتى : نظم جزء أول بند ١٩٣ ص ١٨٣) .

(٤) ديروليد : رسالة ص ٥٢ .

(٥) كارنيلوتى : نظم جزء أول بند ١٩٣ ص ١٨٣ .

العادى (١) أو لاهماله فى عمله اهمالا مفرطا . ويستوى أن يتعلق هذا الغلط الفاضح بالمبادىء القانونية أو بوقائع القضية الثابتة فى ملف الدعوى .
أما الخطأ غير الجسيم فانه لا يبرر مخاصمة القاضى . ولهذا لا تقبل مخاصمة القاضى بسبب خطئه فى تقرير صحة اجراء معين ، أو خطئه فى تقدير ثبوت الوقائع أو فى تكييفها أو فى تفسيره للقانون تفسيرا معينا ولو كان مخالفا لاجماع الفقهاء ، أو فى تطبيق القانون على وقائع القضية ، أو فى رفضه اجراء تحقيق معين ، مادام فى كل هذا حسن النية (٢) .
ولا يكفى للسماح بالمخاصمة أن يكون الخطأ محل مساءلة تأديبية .
وتقدير ما اذا كان الخطأ المهنى جسيما أم غير جسيم يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (٣) . ومن التطبيقات النادرة فى القضاء المصرى ، ما قضت به محكمة استئناف المنصورة من توافر خطأ مهنى جسيم لدى الدائرة المخاصمة بحكمها بعدم قبول تدخل المخاصم خصما منضما للمستأنف عليها مع الزامه بالمصاريف بمقولة أنه لم يطعن بالاستئناف على الحكم الصادر برفض تدخله أمام أول درجة ، فى الوقت الذى كان حكم أول درجة قد قبل تدخله ولم يرفضه ، ورغم ما هو مسلم من جواز التدخل الانضمامى لأول مرة فى الاستئناف (٤ ، ٥) .

---

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية) فى ١٣ أكتوبر ١٩٥٣ — مشار اليه فى سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٣٧ ص ٧٠٥ هامش ٢ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٢٧ ص ٧٠٥ — ٧٠٦ . نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٦٠ — مجموعة النقض ١١ ص ٢٩٨ استئناف القاهرة ١٤ يناير ١٩٦٣ — المجموعة الرسمية ٦١ — ١١ — ٣ .

(٣) رمزى سيف : بند ٤٤ ص ٩٦ . عكس هذا : نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ ص ٤٣٨ .

(٤) محكمة استئناف المنصورة — فى ٢ فبراير ١٩٧٨ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ — عدد ٢ ص ١٩٧ رقم ٢٢٧
وقد جاء فى هذا الحكم تقريرا للخطأ المهنى الجسيم : أن خطأ الدائرة المخاصمة قد بلغ فى جسامته حدا لا يعلوه خطأ ويكاد أن يصل الى حد الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات . ويتمثل هذا الخطأ فى جهل المخاصمين الصارخ والفاحش للمبادىء الاساسية للقانون وهو جهل لا يغتفر ولا شفيع لهم فيه اذ هو لا يقع من القاضى ذى الحرص العادى على أعمال وظيفته .

(٥) وانظر تطبيقا اخر فى حكم استئناف طنطا فى ٢٧ ديسمبر ١٩٧١ =

٣ ــ انكار العدالة deni de justice : ويقصد به رفض القاضى صراحة أو ضمنا الفصل فى الدعوى أو تأخيره الفصل فيها رغم صلاحيتها للفصل فيها أو رفضه أو تأخيره البت فى اصــدار الأمر المطلوب على عريضة • وما يهم هو ثبوت واقعة الامتناع بصرف النظر عن ارادة القاضى انكار العدالة (١) • ولا شك أن هذه الحالة نادرة انما قد تحدث من القاضى على أساس عدم وجود نص قانونى يحكم الدعوى أو غموض هذا النص أو عدم كفايته • فى حين أن على القاضى ألا يمتنع أو يتأخر عن الفصل فى دعوى أو الاجابة على عريضة،تحت أى ظرف من هذه الظروف• اذ عليــه أن يسعى الى تفسير النص الغامض أو تكملة النص الناقص أو البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق عند عــدم النص ، (٢) • على أن القاضى لا يعتبر منكرا للعدالة ، اذا كان تأخيره الفصل فى الدعوى راجعا الى ما يبرره قانونا كما لو كانت الدعوى لم يتم تحقيقها بعد ، أو كانت تثير مشاكل معقدة تتطلب وقتا للتفكير فى حلها أو حل بالقاضى ســبب شخصى كمرض منعه من الفصل فى الدعوى (٣) •

ويجب عدم الخلط بين الامتناع عن الفصل فى الدعوى ممــا يعتبر انكارا للعدالة وبين الحكم بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى ، أو برفض الدعوى • ففى كل هذه الحالات يكون هناك حكم قد صدر . ولا نكون بصدد انكار للعدالة (٤) •

ولم يترك المشرع اثبات امتناع القاضى أو تأخره للقواعد العامة ، فلا يجوز اثباته بشهود يقدمهم الخصم (٥) ، أو بقرائن يستند اليها ، ولكن يجب اتباع طريق محدد بغيره لا يعد القاضى منكرا للعدالة • فعلى

=

فى الدعوى رقم ٦٧ لسنة ٥٢ ق . مدنى مخاصمة . (الوسيط فى قانون القضاء المدنى ــ ١٩٨١ ــ للمؤلف ــ بند ١١١) .

(١) كارنيلوتى : نظم جزء أول بند ١٩٣ ص ١٨٢ .

(٢) ديروليد : ص ٦٢ .

(٣) دونو فريو : جزء أول بند ١٥٤ ص ١١٦ .

(٤) ديروليد : رسالة ص ٦٣ ــ ٦٤ . دونوفريو : الاشارة السابقة .

(٥) ديروليد : رسالة ص ٦٦ .

الخصم أن يعذر القاضي مرتين على يد محضر يفصل بين الاعذارين ميعاد أربعة وعشرين ساعة بالنسبة للأوامر على العرائض ، وثلاثة أيام بالنسبة للدعاوى الجزئية والمستعجلة والتجارية ، وثمانية أيام فى الدعاوى الأخرى • ولا يعتبر القاضى منكرا للعدالة الا بعد مضى ثمانية أيام على آخر اعذار (مادة ٤٩٤/٢) •

٤ — فى الأحوال الأخرى التى ينص فيها القانون صراحة على مسئولية القاضى المدنية والتزامه بالتعويض • فعندئذ ترفع دعوى التعويض عليه بطريق المخاصمة • ومن هذه الأحوال ما تنص عليه المادة ١٧٥ مرافعات من أنه اذا بطل الحكم لعدم ايداع مسودته المشتملة على أسبابه الموقعة من الرئيس ومن القضاة عند النطق به ، كان المتسبب منهم فى البطلان « ملزما بالتعويضات » • وفى هذه الأحوال ، لا يلزم اثبات سوء النية (١)•

١٠٣ — المدعى عليه فى دعوى المخاصمة : يمكن مخاصمة كل من :

١ — القاضى أيا كانت درجته أو المحكمة التى يعمل بها • فيمكن مخاصمة القاضى بالمحكمة الابتدائية أو الرئيس بها أو المستشار بمحكمة استئناف أو بمحكمة النقض • ولايهم أن يكون القاضى منفردا أو يعمل فى دائرة (مع ملاحظة ماسيلى حالا) ، قاضيا بالقضاء العادى أو بالقضاء الاستثنائى (٢) •

٢ — أعضاء النيابة العامة • والى هذا تشير صراحة المادة ٤٩٤ •

٣ — الدائرة التى تنظر الدعوى بأكملها ، ولو كانت بمحكمة النقض• ولا يستثنى من هذا الا الهيئتان العامتان مجتمعتين بمحكمة النقض اذ القول بامكان مخاصمتهما يجعل دعوى المخاصمة بغير محكمة تنظرها(٣)• ويتصور مخاصمة أعضاء الدائرة لسبب يرجع اليهم جميعا ، ولكن ماالحل اذا كان السبب يرجع الى أحدهم فقط ؟ نرى وجوب التفرقة التالية :

---

(١) ديروليد : رسالة ص ٦٠ .
(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٣٩ ص ٧٠٦ .
(٣) سوليس وبيرو : الاشارة السابقة . ديروليد : رسالة ص ٨١ .

اذا كان التأكد مما ينسب الى العضو من شأنه أن يكشف سر المداولة داخل الهيئة فعندئذ يجب أن توجه المخاصمة الى أعضاء الدائرة بأكملها(١)، أما اذا كان الأمر لا شأن له بسر المداولة فتقبل الدعوى ضد العضو المسئول وحده .

وكأى دعوى مسئولية مدنية ، اذا توفى القاضى الذى قام به سبب من أسباب المخاصمة ، فانه يمكن رفع الدعوى على ورثته (٢) .

ويجوز اختصام الدولة — باعتبار القاضى تابعا لها — فى نفس الخصومة تطبيقا للقواعد العامة .

المبحث الثالث

حماية القاضى من التأثر بعواطفه او مصالحه الخاصة

القاضى كبشر له عواطفه ومصالحه الخاصة ، وهو لايمكن أن يكون مستقلا فى عمله ومحايدا بين الخصوم اذا وضع فى موقف لابد وآن يتأثر فيه بهذه العواطف والمصالح . لهذا ينظم القانون المصرى بعض القواعد التى من شأنها حماية القاضى من التأثر بهذه الاعتبارات . وذلك فى اتجاهين. الأول : ابعاد القاضى عن الاشتغال بأى عمل آخر غير القضاء ، حتى لا تنشأ له مصالح مادية أو أدبية ، أو يدخل فى روابط مختلفة قد تؤثر عليه فى عمله . الثانى : ابعاد القاضى عن الفصل فى أية قضية من الواضح أنه لن يكون فيها محايدا .

١٠٤ — (أ) عدم الجمع بين القضاء ومزاولة التجارة او أية وظيفة او القيام بأى عمل لا يتفق مع استقلال القضاء او الترشيح للمجالس التشريعية : اذا عين شخص قاضيا فانه صيانة لاستقلاله وبعدا به عن الشبهات :

١ — لا يجوز أن يجمع بين تولى القضاء وبين مزاولة التجارة أو بينه وبين أية وظيفة وذلك سواء كان تولى هذه الوظيفة بالتعيين أو بالتعاقد أو بالانتخاب .

---

(١) موريل : بند ١٥٣ مكرر ص ١٤٥ .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ١٥٤ ص ١١٧ . ديروليد : رسالة ص ٧٦ .

٢ — لا يجوز له القيام بأى عمل بأجر أو بغير أجر (١) لا يتفق مع استقلال القضاء أو كرامته ، أو يتعارض مع واجبات القاضى أو حسن أدائه لوظيفته (مادة ٧٢ من قانون السلطة القضائية) .

٣ — لا يجوز — بغير موافقة مجلس القضاء الاعلى — أن يقوم بالتحكيم ولو بغير أجر ، ولا يستثنى من هذا الحظر الا أن يكون أحد أطراف النزاع من أقارب القاضى أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية (٢/٦٣ سلطة قضائية) (٢) .

٤ — لايجوز له أن يحضر عن أحد الخصوم أو أن يترافع عنه أو يقدم فتوى لصالحه ، ولو كان ذلك أمام محكمة غير المحكمة التابع لها . ولا يستثنى من هذا الحظر الا أن يكون الخصم هو أحد من يمثلهم القاضى قانونا كالقاصر المشمول بولاية أو وصاية القاضى ، أو أن يكون زوجته أو أحد أصوله أو فروعه الى الدرجة الثانية (مادة ٨١ مرافعات).

٥ — اذا كان محاميا قبل توليه القضاء فلا يجوز أن يكون مقر عمله فى دائرة المحكمة الابتدائية التى كان بها مركز عمله كمحام الا بعد انقضاء ثلاث سنوات من تعيينه . (٥٩/ فقرة أخيرة — سلطة قضائية) .

٦ — لا يجوز له أن يرشح نفسه للانتخابات العامة الا بعد تقديم استقالته .(٢/٧٣ سلطة قضائية) .

---

(١) على أنه وفقا للمادة ٦٢ من قانون السلطة القضائية يجوز ندب القاضى مؤقتا للقيام بأعمال قضائية أو قانونية غير عمله أو بالاضافة الى عمله بقرار من وزير العدل . ويشترط لهذا موافقة مجلس القضاء الاعلى بعد أخذ رأى الجمعية العمومية التابع لها القاضى . ويحدد المجلس أجر القاضى عن هذه الاعمال بعد انتهائها . ولا يجوز الندب طول الوقت لمدة تزيد عن ثلاث سنوات متصلة (مادة ٦٤) ووفقا للمادة ٦٥ تكون الاعارة بموافقة مجلس القضاء الاعلى ولا يجوز أن تزيد مدة الاعارة عن أربع سنوات متصلة .

(٢) فاذا كان أحد طرفى النزاع هى الدولة أو احدى الهيئات العامة . جاز بموافقة مجلس القضاء الاعلى ندب القاضى ليكون محكما عن الدولة أو الهيئة العامة . ويقوم هذا المجلس بتحديد المكافأة التى يستحقها القاضى (٢/٦٣ سلطة قضائية) .

٧ — يمتنع عليه أن يشترى باسمه أو باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فى دائرتها (٤٧١ مدنى) (١) •

٨ — يمتنع عليه ، اذا كان قد نظر بأى وجه من الوجوه اجـراءات التنفيذ أو المسائل المتفرعة عنها ، التقدم كمشترى فى المزايدة سواء بنفسه أو باسم مستعار (٣١١ مرافعات) (٢) •

١٠٥ — (ب) عدم صلاحية القاضى : هناك أسباب اذا توافـر احداها بالنسبة لدعوى معينة ، كان القاضى غير صالح لنظرها • ويكون الحكم الصادر فيها منه — ولو باتفاق الخصوم — حكما باطلا (١/١٤٧) (٣) • ويعتبر الامر كذلك ولو لم يتمسك أحد الخصوم بمنع القاضى من نظر الدعوى قبل اصداره الحكم فيها ، وذلك على أساس أن سـبب عدم الصلاحية من الوضوح بحيث لا يمكن أن يخفى على القاضى وأن هذا السبب — من ناحية أخرى — مما يغلب معه التأثير فى حياد القاضى (٤) • وأسباب عدم الصلاحية واردة فى القانون على سبيل الحصر ولا يجوز التوسع فى تفسيرها (٥) • وهذه هى (٦) :

١ — وجود قرابة أو مصاهرة الى الدرجة الرابعة مع دخول الغاية بين القضاة فى الدائرة التى تنظر الدعوى (١/٧٥ السلطة القضائية) •

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط جزء رابع ١٩٦٠ بند ١٠٩ ص ٢١١ .

(٢) التنفيذ الجبرى : للمؤلف — بند ٢٣٧ ص ٤٠٩ وما بعدهما .

(٣) وهو بطلان يتعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها (نقض ضرائب ٨ يونيو ١٩٨١ — فى الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٤٥ ق .) . ولجسامة هذا العيب ، فانه يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان هذا الحكم . واذا كان الحكم صادرا من محكمة النقض ، جاز للخصم أن يطلب من نفس المحكمة الغاء الحكم واعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى (٢/١٤٧) .

(٤) رمزى سيف : بند ٥٠ ص ٧٣ .

(٥) دونوفريو : جزء أول بند ١٣٧ ص ١١٠ .

(٦) وذلك الى جانب حالة القاضى الذى يحكم بجواز قبول دعوى المخاصمة ضده ، اذ يصبح منذ ذلك الوقت غير صالح لنظـر الدعوى (مادة ٤٩٨ مرافعات) . وحالة القاضى الذى يطلب رده فيرفع دعوى تعويض على طالب الرد أو يقدم ضده بلاغا لجهة الاختصاص ، اذ تزول عنه بهذا صلاحيته لنظـر الدعوى المطلوب رده عنها (مادة ١٦٥ مرافعات) .

وهذا السبب فى الواقع لا يرمى الى ضمان حياد القاضى بين الخصوم ، وانما الى ضمان استقلال القاضى فى رأيه وعدم تأثره بآراء قريبه أو صهره • فهو يرمى الى ضمان حسن اعمال مبدأ تعدد القضاة • ويكفى لتوافر عدم الصلاحية أن تقوم هذه القرابة أو المصاهرة بين عضوين من أعضاء الدائرة ، ولو كانا معا أقلية •

٢ — وجود قرابة أو مصاهرة الى الدرجة الرابعة مع دخول الغاية بين القاضى ، أو أحد القضاة فى الدائرة التى تنظر الدعوى ، وبين ممثل النيابة العامة أو الممثل القانونى لاحد الخصوم أو الوكيل فى الخصومة عنه (٢/٧٥ قانون السلطة القضائية) • وذلك لما تؤدى اليه هذه الصلة من التأثير فى حياد القاضى • على أنه خوفا من أن يعمد أحد الخصوم ممن لا يريد عرض القضية على قاض معين الى توكيل محام تقوم بينه وبين القاضى هذه القرابة أو المصاهرة ، فقد نصت نفس المادة على أن عدم الصلاحية لا تكون « اذا كانت الوكالة لاحقة لقيام القاضى بنظر الدعوى » ويكفى لاعمال هذا النص أن يكون القاضى قد بدأ نظرها •

٣ — وجود قرابة أو مصاهرة الى الدرجة الرابعة بين القاضى وأحد الخصوم (١/١٤٦ مرافعات) فى القضية • ويقوم هذا السبب ولو بعد انحلال الزواج الذى نتجت عنه المصاهرة ، كما يقوم ولو كانت القرابة أو المصاهرة مع الخصمين معا (١) •

٤ — قيام خصومة أمام القضاء بين القاضى أو زوجته وبين أحد الخصوم أو زوجته (٣/١٤٦ مرافعات) • ويجب أن تكون هذه الخصومة قد بدأت قبل رفع الدعوى التى يكون القاضى غير صالح لنظرها ، وأن تكون قد ظلت قائمة حتى هذا الوقت •

٥ — اذا كان القاضى وكيلا لاحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له (٣/١٤٦) ويجب أن تكون الوكالة أو الوصية أو القوامة قائمة عند نظر الدعوى • فاذا كانت قد

---

(١) رمزى سيف : بند ٥٠ ص ٧٤ •

انقضت قبل رفع الدعوى ، فانها لا تمنع القاضى من نظرها (١) . والمقصود بمظنة الارث قيام قرابة بين القاضى وأحد الخصوم ــ أبعد من الدرجة الرابعة ــ من شأنها أن تجعل القاضى وارثا للخصم بفرض وفاة الخصم(٢) ومما يؤدى الى عدم صلاحية القاضى هو مظنة الارث من القاضى للخصوم ، ولهذا اذا كان الارث قد تحقق بالفعل قبل رفع الدعوى فلا يكون القاضى ممنوعا من نظرها وفقا لهذه الحالة . ومن ناحية أخرى ، فان مظنة ارث أحد الخصوم للقاضى ليس سببا لعدم صلاحية القاضى .

٦ ــ اذا كانت للقاضى قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس ادارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها ، وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى (٣/١٤٦) . والمقصود بالمصلحة الشخصية هنا أن يوجد العضو أو المدير فى مركز قانونى يتأثر بالحكم فى الدعوى .

٧ ــ اذا كان للقاضى أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة (٤/١٤٦) ، والمقصود بالمصلحة هنا نفس المعنى المبين فى الرقم السابق . فليس المقصود أن يكون أحد ممن ذكر طرفا فى الدعوى المرفوعة أمام القضاء ، كما أنه لا يكفى أن يكون أحدهم طرفا فى خصومة أخرى تثير نفس المبادىء القانونية .

٨ ــ اذا كان القاضى قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم فى الدعوى أو كتب فيها عملا من أعمالها أو مذكرة ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما ، أو كان قد أدى الشهادة فيها (٥/١٤٦) . ولهذا ليس لقاضى نظر قضية امام محكمة أول

---

(١) نقض مدنى ٢٧ أكتوبر ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ١٥٩٢ ــ ٢٢٣ .

(٢) هذا ولو وجد من يحجب القاضى عن الارث او يحرمه منه اذ قد يزول سبب الحجب أو الحرمان قبل وفاة الخصم . (رمزى سيف بند ٥٠ ص ٧٤) .

درجة أن ينظرها أمام المحكمة الاستئنافية (١) . ويلاحظ بالنسبة لهذه الحالة المتعددة الصور ما يلى :

(أ) أن الافتاء أو الترافع أو الكتابة أو النظر أو اداء الشهادة يجب ان يكون فى نفس الدعوى (٢) . فان كان فى دعوى أخرى ، فلا يصلح سببا لعدم الصلاحية ولو كانت هذه الدعوى دعوى مشابهة ، أو دعوى مرتبطة . فنظر الدعوى المستعجلة لا يمنع القاضى بعد ذلك من نظر الدعوى الموضوعية التى تتعلق بها الدعوى المستعجلة لاختلاف الدعويين (٣) ومن باب أولى سبق ابداء الرأى فى مؤلف قانونى أو فى احدى المجلات العلمية .

(ب) أن الجامع بين هذه الأمور هو ابداء رأى معين أو اتجاه معين بالنسبة للدعوى مما يتعارض مع ما يشترط فى القاضى من خلو الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا . فاذا لم يتحقق هذا ، لم تتحقق عدم الصلاحية . وتطبيقا لهذه الفكرة اذا أصدر القاضى حكما بندب خبير فى الدعوى ، فان هذا الحكم اذ خلا مما يشف عن رأيه فى موضوع النزاع لا يفقده صلاحية نظر الاستئناف المرفوع عن الحكم القطعى الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة أخرى فى تلك الدعوى (٤) .

(جـ) أن المقصود بسبق نظر الدعوى كقاض هو سبق نظرها فى مرحلة أو درجة أخرى (٥) أما سبق نظر القضية فى نفس الدرجة فانه لا يحول دون صلاحية القاضى ولو كان قد أبدى رأيا فيها . ولهذا اذا أصدر

---

(١) نقض مدنى فى ١٧ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٤٤ ق.

(٢) ذلك ولو كانت الدعوى التى سبق فيها ابداء الراى قد عرضت فى خصومة اخرى (نقض مدنى ١١ ابريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٨ ق) .

(٣) نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٩٠٠ — ٢٧٥ . وفصل محكمة الاستئناف فى استئناف الوصف لا يمنعها من نظر استئناف الموضوع . (نقض ١٠ يناير ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ ص ٤٥).

(٤) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٤٦ ق .

(٥) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٧٨ — الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٤٤ ق .

القاضى قرارا يتعلق بتحقيق القضية أو حكما قبل الفصل فى الموضوع ، ولو نم عن اتجاهه بشـأن موضوع القضـية ، فان هذا لايحول دونه والاستمرار فى نظر القضية .

(د) أن القاضى قد يسبق له نظر الدعوى ، ومع ذلك يكون صالحا لنظرها . وذلك اذا نص القانون على أن طريق طعن معين يمكن أن يقدم الى نفس القاضى الذى أصدر الحكم المطعون فيه ، كما هو الحال بالنسبة للمعارضة فى الحكم الغيابى ، أو التماس اعادة النظـر .

١٠٦ — (جـ) رد القاضى وتنحيه الوجوبى : ينص القانون على أسباب أقل قوة فى تأثيرها على حياد القاضى من أسباب عدم الصلاحية. فاذا توافر احداها وجب على القاضى أن يتنحى عن نظر الدعوى (١) . ويتم هذا بأن يقوم القاضى باخبار المحكمة التابع لها فى غرفة المشورة ، أو رئيس المحكمة الابتدائية التى يعمل بها ، بالسبب القائم به ، فتأذن له المحكمة بالتنحى (مادة ١٤٩ مرافعات) . ويلاحظ فى هذا الصدد أن تنحى القاضى فى هذه الاحوال وجوبى ، وأن المحكمة لا تفعل سوى التأكد من توافر سـبب التنحى فتأذن له به (٢) . فاذا لم يقم القاضى بواجب التنحى كان لكل خصم السلطة فى أن يطلب من المحكمة رد القاضى récusation عن نظر الدعوى . وتثبت هذه السلطة لأى من الخصوم المدعى أو المدعى عليه (٣). فان لم يتم التنحى أو يقضى بالرد ، فان الحكم الصادر فى الدعـوى يكون صـحيحا (٤) . ولا يجـوز التمسك بسبب الرد كسـبب للطعن فى الحكم (٥) . وقد نص القانون على أسباب الرد على سبيل الحصر كالتالى (١٤٨ مرافعات) :

١ — اذا كان للقاضى أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها .

---

(١) أنظـر : كارنيلوتى : نظم جزء أول بند ١٢١ ص ١١٩ .
(٢) فقرار المحكمة أو رئيسها بالاذن بالتنحى يعتبر اجراء داخليـا مما يتعلق بادارة القضاء . وهو لا يقبل الطعن أو التظلم منه بأى طريق .
(٣) ميكيلى : جزء أول بند ٤٦ ص ١٦١ .
(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٩٨ ص ٦٨٢ .
(٥) نقض مدنى فى ٣١ يناير ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٤٨ ق .

والمقصود بالتماثل أن تثير دعوى القاضى أو زوجته نفس المسألةالقانونية التى تثيرها الدعوى المطلوب رده عنها (١) ، ذلك أن القاضى سيميل — طبيعيا — الى حل هذه المسألة على النحو الذى يتفق مع وجهة نظره فى دعواه أو دعوى زوجته .

٢ — اذا جدت (٢) للقاضى أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المطلوب رد القاضى عن نظرها . ويشترط ألا تكون هذه الخصومة قد بدأها خصم القاضى أو زوجته بقصد رد القاضى عن نظر دعواه .

٣ — اذا كان لمطلقة القاضى التى له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته . ويستوى أن تكون هذه الخصومة قد أقيمت قبل رفع الدعوى المطروحة على القاضى أو بعد رفعها . على أنه يجب فى هذه الحالة الأخيرة ألا تكون قد أقيمت بقصد رد القاضى .

٤ — اذا كان أحد الخصوم خادما للقاضى ، أو كان القاضى قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية سواء قبل رفع الدعوى أو بعده . واعتياد المؤاكلة يعنى تكرار المشاركة فى الطعام ولو على مائدة الغير . أما اعتياد المساكنة فيعنى السكن المشترك لبعض الوقت ولا يكفى مجرد السكن معا فى نفس المبنى فى شقق منفصلة .

٥ — اذا كان بين القاضى وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل . وهذا سبب عام ، تندرج تحته كثير من الصور سواء مما ذكر سابقا كأسباب للرد أو غيرها (٣) . وتقديره يكون متروكا للمحكمة حسب ظروف وملابسات الدعوى (٤) . على أنه

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٢ ص ٢٠٩ .

(٢) فاذا كانت سابقة عليها ، كانت سببا لعدم الصلاحية (انظر البند السابق) .

(٣) انظر : استئناف مصر ديسمبر ١٩٤٠ — المحاماة ٢١ — ٥٧٧ — ٢٥٩ .

(٤) استئناف مصر ٢٥ مارس ١٩٣٥ — المحاماة ١٦ — ١٥٤ — ٧١ .

يلاحظ أنه يجب أن تكون المودة أو العداوة شخصية ، فلا يكفى اتفـاق القاضى أو اختلافه مع الخصم فى آرائه الفكرية أو السياسية • ومن ناحية أخرى ، يجب ألا تكون العداوة قد بدأها الخصم مع القاضى بعد رفع الدعوى بقصد رده عن نظرها • وأخيرا يجب أن تكون المودة أو العداوة من القوة بحيث يستنتج منها أنه لا يمكن للقاضى أن يحكم بغير ميل ، أى أن يكون من شأنها أن تدفعه الى القضاء بغير الحق (١) •

ولأن سبب الرد يتعلق بصلة القاضى بالقضية أو بأحد الخصوم فيها فانه يجب أن يعين فى طلب الرد القاضى أو القضاة المطلوب ردهم ، فلايجوز أن يوجه طلب الرد الى الدائرة دون تحديد أسماء أعضائها وسبب الرد المتعلق بكل منهم • ومن ناحية أخرى ، لاعتبار عملى ، لايجوز أن يوجه طلب الرد الى جميع مستشارى محكمـة النقض أو الى بعضـهم بحيث لا يبقى منهم من يكفى للحكم فى طلب الرد أو فى موضوع الدعوى عند قبول طلب الرد (١٦٤ مرافعات فقرة أخيرة) •

١٠٧ ـ (د) التنحى الجوازى : للقاضى ــ الذى لم يقم به سبب من أسباب الرد مما يوجب عليه التنحى ــ أن يعرض على المحكمة فى غرفة المشورة أو على رئيس المحكمة رغبته فى التنحى عن نظر قضية معينة ، وذلك لما يستشعر به من حرج من نظرها مما يجعل من المناسب أن يتنحى عنها • ومن الأسباب التى قد تجعل القاضى يشعر بحرج من نظر الدعوى أن يكون قد أبدى رأيا علميا فى مؤلف أو بحث قانونى يخدم أحد طرفى الدعوى ، أو أن يكون أحد الخصوم صديقا لقريب له • والتنحى فى هذه الصورة جوازى للقاضى ومتروك أمره لضميره ، فان لم يقم به فليس لأى من الخصوم رده ، كما أن الحكم الصادر منه يعتبر حكما صحيحا • على أن المشرع رأى تعليق رغبـة القـاضى فى التنحى على اقرار المحكمـة أو رئيسها (مادة ١٥٠) حتى لا يكون هذا التنحى وسيلة لعدم أداء القاضى لواجبه فى نظر الدعوى •

---

(١) استئناف مصر ٢٢ ديسمبر ١٩٣١ ـ المحاماة ١٢ ـ ٨٦٢ ـ ٤٢٦ •

الباب الثاني

ولاية جهة المحاكم

١٠٨ ـ تطور نظام القضاء المصرى: يعرف النظام القضائى المصرى جهتين تتوليان وظيفة القضاء : جهة المحاكم ، وجهة القضاء الادارى . لكل جهة نظامها وتشكيلها الخاص بها (١) .

وهذا النظام الحالى سبقه تطور تاريخى طويل أدى اليه من خلال صراع وطنى سياسى واجتماعى شهده التاريخ المصرى الحديث .

ففى منتصف القرن التاسع عشر كان النظام القضائى فى مصر يتميز بما يلى :

١ ـ لم تكن المحاكم كلها محاكم وطنية . فقد كان للاجانب ـ وفقا لامتيازات معترف لهم بها ـ محاكمهم الخاصة بهم ، والتى كانت تعرف بالمحاكم القنصلية .

٢ ـ لم يكن القضاء من سلطة المحاكم وحدها . فقد كان لرجال الادارة سلطة الفصل فى بعض القضايا (٢) .

٣ ـ لم يكن القضاء المدنى الوطنى موحدا . وذلك لسببين :

(أ) انشاء الدولة لمحاكم لايتولى فيها القضاء قضاة شرعيون . وقد بدأ هذا الاتجاه فى الظهور سنة ١٨٤٢ بانشاء « جمعية الحقانية » التى أنشأها محمد على لنظر بعض القضايا (٣) . والتى حل محلها سنة ١٨٤٩

---

(١) يلاحظ ان المحكمة الدستورية العليا تعتبر هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها (مادة ١ من قانون المحكمة الدستورية العليا) .

(٢) عبد الفتاح حسن : ترتيب الادارة العامة والرقابة على اعمالها فى مصر خلال الفترة ما بين سنة ١٧٩٨ وسنة ١٨٧٥ ـ دروس على الالة الكاتبة لدبلوم العلوم الادارية بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٦٦/١٩٦٧ ـ ص ١٧٦ ـ ١٧٧ .

(٣) عبد الفتاح حسن : الاشارة السابقة ص ١٤٠ ـ ١٤٩ .

« مجلس الأحكام » (١) • ثم أنشأ المشرع المصرى جهة قضائية جديدة ومستقلة هى المجالس الحسبية ، وذلك بقـرار صـدر فى ١٩٧٢/١٢/٧ ، وأنيط بها الاختصاص بمسائل الولاية على المال •

(ب) تخويل ولاية القضاء فى مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين لمجالسهم الملية • وترجع هذه الولاية المستقلة الى عرف قديم استقر فى مصر بسبب ما عرفت به على مر العصور من تسامح دينى ، وهو عرف أكده فرمان عثمانى عرف بالفرمان الهمايونى صدر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ (٢) •

وكان لابد من وضع حد لهذه الفرضى التى تمس سيادة الدولة ، وفكرة القضاء ، ومبدأ المساواة بين المواطنين • وقد تم ذلك على مراحل متتالية :

(أ) سعت مصر — عن طريق صراع وطنى وسياسى طويل — الى اتفاق دولى مع الدول صاحبة الامتياز من أجل انشاء محاكم مصرية خاصة بالأجانب سميت بالمحاكم المختلطة • وكانت هذه المحـاكم تطبق قوانين مصرية خاصة بها هى القوانين المختلطة • وكانت لها ولاية نظر القضايا المدنية والتجارية بين المصريين والاجانب أو بين الاجانب مختلفى الجنسية • وقد بدأت هذه المحاكم عملها يوم ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ الى جانب المحاكم القنصلية التى بقيت تباشر اختصاصها فى المسائل المدنية والتجارية عند اتحاد جنسية الخصوم ، كما بقيت لها ولاية مسائل الاحوال الشخصية وأهم المسائل الجنائية • وبعد الثورة المصرية سنة ١٩١٩ أدى الكفاح الوطنى الى عقد معاهدة بين مصر وبريطانيا فى ٢٦ أغسطس ١٩٣٦ ، اتفق فيها على مبدأ الغاء الامتيازات الأجنبية فى مصر • وتم هذا الالغاء بالفعـل بمعاهدة مونتريه التى عقدت بين مصر والدول صاحبة هذه الامتيازات فى ٨ مايو ١٩٣٧ • وقد اتفق فى هذه المعاهدة الأخيرة على الالغاء الفورى للمحاكم

---

(١) فتحى زغلول : المحاماة ١٩٠٠ ص ٢١٢ وما بعدهما .

(٢) أنظر : محمد حامد فهمى : بند ١٦٥ — ٢٦٦ ص٢٨٣ — ٢٨٥ • وأنظـر فى تشكيل هذه المجالس ووظائفها : نفس المرجع بند ٢٦٧ ص ٢٨٥ .

القنصلية ونقل اختصاصها الى المحاكم المختلطة وعلى تقييد اختصاص المحاكم المختلطة وتعديل نظامها على أن تبقى هذه المحاكم الأخيرة لمدة محددة ينتقل اختصاصها بأكمله بعدها الى القضاء الوطنى • وقد انتهت فترة الانتقال هذه فى ١٤ أكتوبر ١٩٤٩ ، وتحقق لمصر فى ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ — لأول مرة منذ زمن طويل — قضاء وطنى كامل •

(ب) اتخذت الدولة لتنظيم القضاء الوطنى الخطوات التالية :

١ — فى سنة ١٨٨٣ أنشأت الدولة المحاكم الاهلية • وصدرت بتنظيمها لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (فى ١٤ يونيو ١٨٨٣) • وقد بدأت عملها سنة ١٨٨٤ • وقد اختفى بانشائها ما كان لرجال الادارة من اختصاص قضائى • وهذه المحاكم هى نفسها المحاكم الموجودة الآن والتى تعرف بجهة المحاكم •

٢ — أصدرت الدولة « لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها » (١) لتنظيم المحاكم الشرعية • وقد أعيد تنظيم هذه المحاكم بلائحة جديدة صدرت بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ •

٣ — أصدرت الدولة مرسوما بقانون ينظم المجالس الحسبية ، ويحدد اختصاصها (٢) • ثم أصدرت قانون المحاكم الحسبية فى ١٣ يوليو ١٩٤٧ مقررا الغاء المجالس الحسبية ابتداء من أول يناير ١٩٤٨ ، وانتقلت ولاية هذه المجالس الى جهة المحاكم •

(جـ) فى سنة ١٩٤٩ بعد أن انتهت فترة الانتقال المحددة لعمل المحاكم المختلطة ، وانتقلت ولايتها الى المحاكم الوطنية ، كان لابد من المرحلة الأخيرة وهى توحيد هذه المحاكم • ولم تكن المهمة يسيرة فقد كان الأمر يتعلق هذه المرة بالمحاكم الشرعية والمجالس الملية بما يحيطها من مشاعر دينية عميقة • ولكن تقدم الوعى الوطنى شجع المشرع على اتخاذ اجراء حاسم فأصدر القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ مقررا الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية جميعها ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ ، واحالة ولايتها الى جهة المحاكم •

(١) فى ٢٧ مايو ١٨٩٨ •
(٢) مرسوم بقانون ١٣ فبراير ١٩٢٥ •

الفصـــل الأول

نطاق ولاية جهة المحاكم

١٠٩ ـ تقسيم واحالة : تتحدد ولاية جهة المحاكم بطريقة سلبية . فالأصل أن لهذه الجهة ولاية القضاء فى الدولة باستثناء ما يخرج من ولايتها . وقد يحدث هذا الخروج بصفة عامة من قضاء الدولة ، فتخرج الدعوى بالتالى من ولاية جهة المحاكم . وقد تدخل الدعوى فى ولاية القضاء بالدولة ولكن فى ولاية جهة أخرى ، أو فى ولاية محكمة استثنائية. فتخرج لهذا من ولاية جهة المحاكم .

أما ما يخرج من ولاية القضاء المصرى عموما فيشمل نوعين من القضايا : الأول : بعض القضايا ذات العنصر الأجنبى ودراسة هذه القضايا هى احدى مباحث كتب القانون الدولى الخاص . الثانى : أعمال السيادة : فمن المقرر أن أعمال السيادة تخرج عن ولاية القضاء . فليس للقضاء ـ أيا كان نوعه(١) ـ أن ينظر طلبا يمس أعمال السيادة سواء قصد به الغاء العمل أو تفسيره أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه . (المادتان ١٧ من قانون السلطة القضائية و ١١ من قانون مجلس الدولة) . ودراسة نظرية أعمال السيادة تدخل فى مباحث كتب القضاء الادارى (٢) .

ونقتصر هنا على دراسة ما يخرج من ولاية جهة المحاكم لدخوله فى ولاية جهة قضائية أخرى أو فى ولاية محكمة استثنائية .

---

(١) بما فيه المحكمة الدستورية العليا . (المحكمة العليا ٧ مايو ١٩٧٧ ـ المحاماة ٥٧ ـ العددان ٧ و ٨ ـ ص ١٥) .

(٢) انظر : محمد كامل ليلة : الرقابة على أعمال الادارة ـ (القضاء الادارى) بيروت ١٩٧٠ ص ٦٦٩ وما بعدها . وقد حكم بأن المحاكم هى المختصة بتقرير الوصف القانونى للعمل الصادر عن السلطة العامة وما اذا كان يعد من أعمال السيادة . وتخضع محكمة الموضوع فى تكييفها فى هذا الخصوص لرقابة النقض . (نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ٥٠١ ـ ٧٤ .

المبحث الاول
ما يخرج عن ولاية جهة المحاكم لولاية جهة القضاء الادارى به

١١٠ - توزيع الولاية بين جهتى القضاء : نشأت جهة القضاء الادارى فى مصر بقانون رقم ١١٢ فى ٧ أغسطس ١٩٤٦ الذى أنشأ مجلس الدولة المصرى . وينظمه الآن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . ووفقا للمادة ١/١٥ من قانون السلطة القضائية « فيما عدا المنازعات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص » . وقبل نفاذ الدستور المصرى الحالى فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ ، كانت الدعاوى التى تدخل فى ولاية مجلس الدولة واردة فى القانون المصرى على سبيل الحصر . وقد تطور التشريع فى هذا الصدد تدريجيا نحو توسيع هذه الولاية ، حتى أصبحت ولاية مجلس الدولة شاملة لجميع المنازعات الادارية دون تحديد . فوفقا للمادة ١٧٢ من هذا الدستور يختص مجلس الدولة بالفصل « فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الاخرى » . وهو ما أكده قانون مجلس الدولة الحالى الصادر سنة ١٩٧٢ بنصه على أن محاكم مجلس الدولة تختص دون غيرها بالفصل فى « سائر المنازعات الادارية » . وليس معنى هذا أن جهة المحاكم لم تعد الجهة ذات الولاية العامة « الا ما استثنى بنص خاص » ، ولكن معناه أنه أصبح يخرج من ولايتها العامة جميع المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية . وتحديد المقصود بكل منهما من مباحث القضاء الادارى .

على أنه فى نطاق دراسة مخصصة للقضاء المدنى يهمنا بيان القواعد الآتية :

١ - أن لجهة المحاكم ولاية نظر المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الأفراد وبين الحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول (مادة ١٧ من قانون السلطة القضائية) مع ملاحظة :

(أ) أن هذه الولاية تكون لجهة المحاكم دون غيرها . فجهة القضاء

الادارى لاتشاركها نظر هذه المنازعات المدنية والتجارية ، ولو أن الحكومة أو هيئة عامة طرف فيها .

(ب) أنه اذا تعلق الأمر بقرار ادارى ، فان ولاية جهة المحاكم بهذه المنازعات لا تخولها أن تؤول هذا الأمر أو أن توقف تنفيذه أو تعطله . وتطبيقا لهذا ليس لجهة المحاكم ولاية نظر دعوى منع تعرض للحيازة اذا كان هذا التعرض يستند الى أمر ادارى لما يترتب حتما على الحكم للمدعى من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه (١) .

٢ — أن لجهة المحاكم — دون مجلس الدولة — ولاية نظر الدعاوى المتعلقة بعقود الادارة المدنية (٢) . وهى العقود التى تعقدها الادارة مع الأفراد ولا تكون طبيعة العقد الادارى .

٣ — أنه حيث لاتكون لجهةالمحاكم ولاية نظرالدعوى ، سواء لدخولها فى ولاية جهة القضاء الادارى أو لخروجها عن ولاية القضاء عموما ، فان القضاء المستعجل باعتباره احدى تشكيلات جهة المحاكم لا تكون له هذه الولاية ، رغم أنه لا يصدر الا أحكاما وقتية (٣) .

٤ — أنه اذا تعلقت الدعوى بقرار ادارى لا يستند فيه مصدره الى قانون أو قرار ادارى يخوله سلطة القيام به ، فانه يعتبر عملا ماديا من

---

(١) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٥٢٨ — ٨١ .

(٢) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٣١ — ١٤١ .

(٣) فيخرج عن ولاية القضاء المستعجل المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت، ومنها دعوى وقف التنفيذ او اثبات الحالة المتعلقة بالعقود الادارية (نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٣١ — ٥٤ . و ٣١ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٤٢٥ — ٦٧) . كما يمتنع على القضاء المستعجل الفصل فى طلب عدم الاعتداد بقرارادارى أو وقف تنفيذه ما دام هذا القرار « قد استكمل بحسب البادى من الاوراق مقومات القرار الادارى » وليس به « فى ظاهره عيب يجرده من الصفة الادارية وينحدر به الى درجة العدم » (نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ — ٢٣٠ — ٣٥) .

جهة الادارى ويكون لجهة المحاكم ولاية نظــر الدعوى (١) • وعندئذ يكون للقضاء المستعجل ولاية الدعوى الوقتية المتعلقة بها (٢) •

ويأخذ حكم الاعتداء المادى من جهة الادارة « القرار الادارى » الذى يحمل فى ظاهره عيبا يجرده من الصفة الادارية وينحدر به الى درجــة العدم (٣) • كذلك القرار الادارى الذى يخالف حكما قضائيا حائزا لحجية الأمر المقضى اذ يعتبر اعتداء من جانب جهة الادارة على ولاية السلطة القضائية ومن ثم غصبا للسلطة ينحدر الى مستوى الفعل المادى المعدوم الاثر القانونى (٤) •

على أنه يلاحظ أنه اذا كانت أعمال جهة الادارة المادية قد وقعت استنادا الى قرار ادارى وتنفيذا له ، فلا يجوز النظر اليها مســتقلة عن ذلك القرار اذ هى ترتبط به برابطة السببية وتستمد كيانها منه ، فلا تدخل دعوى التعويض عنها فى ولاية جهة المحاكم (٥) •

٥ ــ أن الحجز الادارى لا يعتبر قرارا اداريا ، بل هو نظام خاص بالتنفيذ وضعه المشرع ليسهل على الحكومة تحصيل ما يتأخر لدى الافراد من أموال • ولهذا فان لجهة المحاكم ــ دون مجلس الدولة ــ ولاية

---

(١) نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٨٢ ــ فى الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٥١ق.و ١٤ مارس ١٩٦٣ ــ مجموعة النقض ١٤ ــ ٣٠٣ ــ ٤٦ . وتطبيقا لهذا حكم بأن لجهة المحاكم ولاية دعاوى التعويض التى تتعلق بأعمال الادارة المادية ؛ كالدعوى التى ترفع بالتعويض عن الضرر بسبب اهمال جهة الادارة فى تطهير مصرف (نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ٦١٨ ــ ٨٥) .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ٧٣٣ ــ ١٣ .

(٣) نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ٥٥ لسنه ٤٩ ق . ومفهوم المخالفة لحكم النقض ٨ فبراير ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ٢٣٠ ــ ٣٥ .

(٤) نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٢٨٥ ــ ٤٨ .

(٥) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ١٢٥٠ ــ ٢١٧ .

القضاء بالغاء الحجز الادارى أو ببطلانه أو بطلان ما تم من اجراءات البيع أو بالتعويض عنه (١) ، كما أن لقاضى التنفيذ بوصفه أحد تشكيلات جهة المحاكم وقف التنفيذ المتعلق بهذا الحجز (٢) •

٦ — أن هناك بعض المنازعات حدد المشرع بنصوص خاصة الجهة صاحبة الولاية بها ، بحيث لم يعد لتحديد طبيعتها أهمية بالنسبة لتحديد الجهة صاحبة الولاية • ومن أهمها :

(أ) دعوى الجنسية : فقد ثار خلاف فى مصر فى الفقه والقضاء (٣) حول تحديد الجهة ذات الولاية بهذه الدعوى • وقد حسم قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ هذا الخلاف فنص صراحة على أن مجلس الدولة يختص « دون غيره » بـ « دعاوى الجنسية » (مادة ٨ فقرة ٩) • وهو ما تنص عليه أيضا المادة ٧/١٠ من قانون مجلس الدولة الحالى •

(ب) الطعن فى قرارات الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى : اذ تنص المادة ٨/١٠ من قانون مجلس الدولة على أن « •• يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى فى الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات ادارية لها اختصاص قضائى متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها » • وبهذا عامل المشرع هذه القرارات نفس معاملة القرارات الادارية ، وأخضع المنازعات المتعلقة بها لولاية جهة القضاء الادارى • على أن المشرع فى نفس النص استثنى من هذه القرارات، القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم فى منازعات العمل ، على أساس أن تلك الهيئات تحتوى فى تشكيلها على عنصر قضائى •

(جـ) التظلم من القرارات المتعلقة برجال القضاء والنيابة : وفقا للمادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية تكون ولاية الفصل فى الطلبات التى

---

(١) نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٣٦ عمر ١ — ١١٣٠ — ٣٥٩ نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٥٥٧ — ٨٤ .

(٢) انظر : التنفيذ الجبرى — للمؤلف — بند ٢٨٥ .

(٤) انظر فى هذا الخلاف : محمد كامل ليلة — الاشارة السابقة ص ٤٧٥ وما بعدها . رمزى سيف : بند ١٥٣ ص ١٩٠ وما بعدها .

يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بالغاء القرارات الادارية النهائية المتعلقة بأى شأن من شئونهم ، متى كان مبنى الطلب عيبا فى الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها أو اساءة استعمال السلطة . « لدوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض دون غيرها » . وهكذا رغم أن الأمر يتعلق بقرارات ادارية ، فقد آثر المشرع — صيانة لاستقلال جهة المحاكم — عدم اخضاع التظلمات المتعلقة بها لجهة القضاء الادارى .

(د) الطعون فى القرارات النهائية الصادرة من الجهات الادارية فى منازعات الضرائب . فهذه تدخل بصريح نص المادة ١٠/٦ من قانون مجلس الدولة فى ولاية جهة القضاء الادارى ، على أنه يلاحظ أن هذا النص لم يعمل به بعد انتظارا لقانون ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام المجلس . وعلى هذا ، فان ولاية نظر هذه الطعون تظل لجهة المحاكم(١) . فتبقى النصوص القانونية التى تخول جهة المحاكم ولاية النظر فى هذه الطعون معمولا بها . ولا يكون للقضاء الادارى ولاية فى هذا الشأن الا اذا توافر شرطان :

١ — أن تكون المنازعة بطلب الغاء القرار الادارى أو التعويض عنه . اذ القضاء الادارى هو صاحب الولاية العامة بالنسبة لالغاء القرارات الادارية والتعويض عنها .

٢ — ألا يكون التنظيم القانونى قد خول دعوى الالغاء أو التعويض المعينة والمتعلقة بالضرائب أو الرسوم لجهة المحاكم (٢) .

١١١ — شمول ولاية جهة المحاكم لمسائل الأحوال الشخصية :

وتشمل ولاية جهة المحاكم أيضا قضاء الأحوال الشخصية باعتباره قضاء مدنيا . وقد تحقق هذا الشمول ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ بموجب القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وأحال ولايتها الى جهة المحاكم . على أنه رغم هذا الشمول .

---

(١) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض — ١٩ — ٥٥٧ — ٨٤ .

(٢) انظر : محمد كامل ليلة — الاشارة السابقة ص ٤٦٧ وما بعدها .

فلا زال من الأهمية بمكان تحديد المقصود بالاحوال الشخصية والتي كانت تخرج من قبل عن ولاية جهة المحاكم وتدخل ولاية قضاء الاحوال الشخصية (المحاكم الشرعية أو المجالس الملية) أو في ولاية المحاكم المختلطة والقنصلية • وتظهر هذه الأهمية من نواح ثلاثة :

١ — تحديد الدائرة التي تنظر القضية (١) :

(أ) فاذا كانت قضية الأحوال الشخصية مما كان يدخل في ولاية المحاكم الشرعية أو المجالس الملية ، فان الدائرة التي تنظرها هي احدى دوائر الأحوال الشخصية التي نصت المادة ٤ من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على تشكيلها في المحاكم (درجة أولى أو استئنافية) وأجازت أن يكون من بين أعضائها أحد أعضاء القضاء الشرعي السابق (٢) •

(ب) أما اذا كانت قضية الأحوال الشخصية مما كان يدخل في ولاية المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية ، والتي أصبحت الولاية بها منذ ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ لجهة المحاكم ، فان القضية تنظر من الدائرة المدنية •ونفس الأمر بالنسبة لمسائل الولاية على المال أو الولاية على النفس ولو كان أطراف الخصومة من المصريين •

٢ — القواعد الاجرائية الواجبة الاحترام :

(أ) اذا كان جميع أطراف القضية أو أحدهم من غير المصريين ، وجب نظر القضية وفقا للقواعد التي ينص عليها الكتاب الرابع من مجموعة المرافعات السابقة (سنة ١٩٤٩) والتي استبقاها قانون اصدار المجموعة الجديدة •

(ب) اذا كان جميع أطراف القضية من المصريين ، أيا كانت دياناتهم أو طائفتهم مسلمين أو غير مسلمين ، وجب نظر القضية وفقا للائحة ترتيب المحاكم الشرعية • على أنه اذا كانت القضية بين المصريين متعلقة

---

(١) أنظر : أحمد ابو الوفا : المرافعات ١٩٧٠ — بند ٢٣٢ ص ٣٤٨ •

(٢) وقد شكلت بالمحاكم دوائر للاحوال الشخصية لغير المسلمين ، ودوائر للاحوال الشخصية للمسلمين • ويشترك رجال القضاء الشرعي السابقين فقط في هذه الدوائر الاخيرة •

بالولاية على المال أو على النفس فان المحاكم تطبق ما ينص عليه قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ المتعلق بالمحاكم الحسبية ، وما ينص عليه الفصل الخامس من الكتاب الرابع من مجموعة المرافعات السابقة .

٣ — القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق :

(أ) اذا كان جميع أطراف القضية أو أحدهم من غير المصريين ، طبقت القوانين الموضوعية التى تشير اليها قواعد الاسناد التى تنص عليها المجموعة المدنية المصرية (المواد من ١٠ الى ٢٨) .

(ب) اذا كان جميع الأطراف من المصريين ، المسلمين ، أو مختلفى الديانة والطائفة أو متحدى الطائفة ممن لم يكن لهم مجلس ملى منظم ، فانه يجب تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية . وهو نفس الوضع الذى كان قائما قبل الغاء المحاكم الشرعية (١) .

(ج) اذا كان جميع الأطراف من المصريين غير المسلمين متحدى الديانة والطائفة ، طبقت قواعدهم الخاصة بطائفتهم . وهى نفس القواعد التى كانت تطبقها المجالس الملية الملغاة . ويجب لاعمال هذه القواعد الخاصة أن يكون لهذه الطائفة مجلس ملى خاص بها . فان لم يكن للطائفة مجلس ملى معترف به ، طبقت قواعد الشريعة الاسلامية .

(د) اذا كان جميع الأطراف من المصريين وكانت القضية متعلقة بالولاية على النفس ، طبق المرسومان بقانون رقم ١١٨ و ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاصان بالولاية على النفس والولاية على المال . والقواعد الموضوعية التى ينص عليها الكتاب الرابع من قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ . وذلك أيا كانت ديانة الأطراف أو طائفتهم .

---

(١) مادة ٦ من قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وقد أحالت هذه المادة الى ما تنص عليه المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وهذه تقضى بأن « تصدر الاحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولارجح الاقوال من مذهب ابى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة . فيجب أن تصدر الاحكام طبقا لتلك القواعد » .

(هـ) اذا كانت القضية متعلقة بالمواريث أو الوصايا ، وكان أطرافها من المصريين ، طبقت المحكمة أحكام قوانين الوصية والمواريث وما يكملها من أحكام الشريعة الاسلامية ، أيا كانت ديانة أطراف الخصومة أو طائفتهم .

المبحث الثانى

المحاكم العادية والمحاكم الاستثنائية

١١٢ — تعريف المحكمة الاستثنائية : يعرف التنظيم الوضعى فى مصر محاكم خاصة لا تعتبر من تشكيلات المحاكم العادية فى الدولة ، هى المحاكم الاستثنائية (١) . ويقوم التمييز بين المحكمة العادية والمحكمة الاستثنائية على أساس المصالح التى يحميها قضاء المحكمة ، فاذا كان يحمى المصالح العادية التى تهم عموم الأشخاص ، فهى محكمة عادية . أما اذا كان قضاء المحكمة يحمى مصالح خاصة ذات وصف محدد أو تتعلق بفئة معينة من الأشخاص فهى محكمة استثنائية . فالصلة بين المحاكم العادية والمحكمة الاستثنائية هى كالصلة بين القاعدة العامة والاستثناء (٢) .

١٢٣ — مساوىء انشاء المحاكم الاستثنائية : من الملاحظ أنه ما من مرة يريد المشرع تنظيم أحد أوجه النشاط الجديدة فى المجتمع أو اشباع حاجة جديدة من حاجاته الا ويلجأ الى انشاء وتنظيم محكمة استثنائية تختص بمنازعاتها . وغالبا ما يلجأ المشرع الى تبرير هذا التنظيم الاستثنائى بأسباب مختلفة كطبيعة المسائل الفنية التى تتطلب معرفة فنية غير متوافرة فى قضاء المحاكم العادية ، أو الرغبة فى أن يكون القضاء بالنسبة لبعض المنازعات الهامة باجراءات مختصرة ونفقات بسيطة وهو مالا يتوافر فى القضاء العادى ، أو الرغبة فى محاولة التوفيق فى بعض

---

(١) يلاحظ أن التفرقة لا تقتصر على جهة المحاكم . فايضا بالنسبة لجهة القضاء الادارى ، يعتبر مجلس الدولة هو المحكمة العادية ، التى قد يوجد الى جوارها محكمة استثنائية تختص ببعض المنازعات الادارية .

(٢) كيوفندا : جزء ثان بند ١٦٩ ص ١١٣ . زانزوكى : جزء أول بند ١٥ ص ١٥ . ليبمان : جزء أول بند ٥ ص ١١ — ١٢ .

القضايا مما يدعو الى وجوب انشاء محكمة استثنائية لديها امكانية هذا التوفيق أكثر من المحاكم العادية (١) •

على أن كثرة انشاء المحاكم الاستثنائية لا يلاحظ الا فى أوقات الأزمات التى تمر بالدولة ، اذ عندئذ تلجأ الدولة الى انشاء محاكم استثنائية هربا من القضاء العادى • والواقع أن لهذه المحاكم بعض المساوىء سواء بالنسبة للدولة أو بالنسبة للمواطنين (٢) : فبالنسبة للدولة ، يؤدى انشاء هذه المحاكم الى اهتزاز الثقة فى القضاء العادى ، مما يضعف من هيبة القضاء وبالتالى من سلطان القانون • وبالنسبة للمواطنين ، يؤدى تعدد المحاكم الاستثنائية الى مشاكل متعددة اذ يعقد مشكلة تحديد المحكمة المختصة ، وقد يوقع المواطن فى الخطأ بالنسبة للاجراءات الواجب اتباعها أو المواعيد الواجب احترامها أمام المحكمة الاستثنائية ، مما قد يؤدى الى ضياع حقه أو على الأقل الى ضياع الوقت والمصاريف • كما أن هذا التعدد ، من ناحية أخرى ، يقضى على فكرة المساواة بين المواطنين • تلك الفكرة التى تدعو الى قضاء واحد بالنسبة للجميع • أما ما يقال من مزايا للمحاكم الاستثنائية ، فيمكن تحقيقها بواسطة انشاء دوائر متخصصة داخل المحاكم العادية •

١٢٤ — أهمية التمييز بين المحكمة العادية والمحكمة الاستثنائية :

تظهر هذه الأهمية من عدة نواح (٣) أهمها :

١ — المحكمة العادية لها ولاية القضاء العامة • أما المحكمة الاستثنائية فليس لها أية ولاية قضائية خارج الحدود التى رسمت لها • وينتج عن هذا أن العمل القضائى الذى يصدر من المحكمة العادية ، ولو خارج حدود اختصاصها ، يحوز حجية الأمر المقضى • أما « العمل القضائى » الذى

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٥٢١ ص ٤٨٧ — ٤٨٨ •

(٢) Julian (Pierre) L'imdispensable acceleration de la justice civile Paris 1958. p.p. 148-160.

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٥٢٠ ص ٤٨٦ • كيوفندا : نظم جزء ثان ص ١١٢ بند ١٦٩ •

يصدر من المحكمة الاستثنائية ، خارج حدود اختصاصها ، فانه لا يحوز حجية الأمر المقضى (١) . ذلك أن المحكمة الاستثنائية خارج حدود اختصاصها لا ولاية لها . فيعتبر العمل كأنه صدر من شخص خاص . ويمكن بالتالى طلب بطلانه بدعوى البطلان الأصلية ، كأى عمل قانونى خاص (٢) .

٢ — يجب أن تفسر النصوص التى تمنح ولاية لمحكمة استثنائية تفسيرا ضيقا ، ذلك أن المحاكم العادية لها الولاية العامة الا ما استثنى بنص خاص (٣) .

الفصل الثانى

انتفاء الولاية وتنازعها

المبحث الأول

انتفاء الولاية

١١٥ — تعريفه وحكمه : اذا خرج النزاع من ولاية جهة المحاكم ، اما بسبب خروجه من ولاية القضاء الوطنى بصفة عامة أو خروجه من ولاية جهة المحاكم ودخوله فى ولاية جهة قضاء أخرى أو محكمة استثنائية فى الدولة ، فاننا نكون بصدد انتفاء ولاية تلك الجهة . وهذا الانتفاء غير مقرر لمصلحة خاصة بالخصوم ، وانما لمصلحة عامة . ذلك أنه يتعلق بالتنظيم القضائى فى الدولة . ولهذا فانه اذا رفعت الدعوى أمام جهة قضائية ، وكانت لا ولاية لها بنظرها — أيا كان سبب انتفاء ولايتها —

(١) نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٠ — ٩ .

(٢) كما ان للمحكمة ذات الولاية اذا رفع اليها النزاع ان تنظر فيه كأن لم يسبق عرضه على القضاء (نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٧٢ — مشار اليه . ونقض أحوال شخصية ١٩٧٨/١٢/٢٠ — فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٧ ق) .

(٣) أحمد مسلم : بند ١٦٨ ص ١٧٥ . نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٧٢ — مشار اليه . و ٢١ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٠٥٨ — ١ — ٢ .

فان عليها أن تقضى بعدم ولايتها من تلقاء نفسها ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى (١٠٩ مرافعات) (١) .

ويترتب على هذا الحكم أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على ولاية جهة لا ولاية لها ، أو نزع الولاية عن الجهة صاحبة الولاية . ومثل هذا الاتفاق يكون باطلا ولا يرتب أى أثر سواء أبرم قبل بدء الخصومة أو بعدها . فاذا رفع شخص دعوى أمام جهة لا ولاية لها بالدعوى ، فان له أن يتمسك بانتفاء ولاية هذه الجهة ولا يكون لقبوله ولايتها — المستفاد من رفعه الدعوى أمامها — أى أثر . على أنه يستثنى من هذا المبدأ حالة انتفاء ولاية القضاء الوطنى بالنظر فى قضية ذات عنصر أجنبى ، ذلك أن الدولة يجب أن تنشر عدالتها على الجميع وبالتالى تدخل فى ولاية قضائها الدعوى ذات العنصر الأجنبى — التى لا تدخل أصلا فى ولايتها — اذا قبل الأجنبى هذه الولاية صراحة أو ضمنا (مادة ٣٢ مرافعات) . فاذا رفعت الدعوى على هذا الأجنبى ، فان عدم تمسكه بالدفع بانتفاء الولاية يعتبر قبولا ضمنيا منه لهذه الولاية ، وليس للقاضى المصرى أن يقضى بعدم ولايته بنظر الدعوى من تلقاء نفسه (٢) .

المبحث الثانى

تنازع الولاية

١١٦ — تعريفه ووسيلة حله : قد يكون من المسلم دخول الدعوى فى ولاية القضاء المصرى ، ولكن المشكلة هى فى معرفة الجهة القضائية ذات الولاية . وتثور هذه المشكلة عند وجود تنازع فى الولاية بين جهة المحاكم وجهة القضاء الادارى ، أو بين احدى الجهتين وهيئة قضائية لا تندرج تحت أيتهما . فتنكر كل جهة ولايتها بالدعوى أو تتمسك كل جهة بولايتها بها . وقد ينتهى هذا الوضع الأخير باصدار أحكام متناقضة فى الدعوى

---

(١) وللخصم ذى المصلحة التمسك بانتفاء الولاية ولو لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض مدنى ٨ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٠٨٧ — ١٧٠ و ١٢ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٦٣ — ١٨٥) .

(٢) ليبمان : جزء أول بند ٤٥ ص ١٠٣ (باستثناء الدعوى العقارية).

الواحدة • ويحرص المشرع على ايجاد وسيلة لحل هذا التنازع • وتسمى هذه الوسيلة فى القانون المصرى طلب تعيين جهة القضاء المختصة (مادة ٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا) ، ومن المسلم أن هذا الطلب ليس طريقا من طرق الطعن فى الأحكام (١) • ونتيجة لهذا ، فانه يمكن تقديم الطلب من أى من طرفى الدعوى محل التنازع (٢) ، وليس فقط من المحكوم عليه • ومن ناحية أخرى ، فانه لا يكفى لقبول الطلب توافر ما يتطلبه القانون من شروط للطعن فى الأحكام (٣) •

١١٧ — **مفترضات تنازع الولاية** : لكى يمكن القول بوجود تنازع ولاية . يجب توافر المفترضات التالية :

أولا : أن نكون بصدد دعوى واحدة ، يقوم التنازع بشأن الولاية أو عدم الولاية بها • فاذا كانت الدعوى المرفوعة أمام احدى الجهتين مختلفة فى أحد عناصرها عن الدعوى الأخرى ، فاننا نكون بصدد دعويين ولا يتصور عندئذ امكان التنازع بينهما • ولهذا فانه لا يكفى لقيام التنازع مجرد وحدة الموضوع بين دعويين (٤) ، أو وحدة سببهما فقط أو وحدة أشخاصهما ، وانما يجب أن يتحد بينهما الموضوع والسبب والأشخاص ، بحيث يتعلق الأمر بنفس الدعوى على النحو المفهوم بالنسبة لنطاق حجية الأمر المقضى (٥) •

---

(١) محكمة تنازع الاختصاص ٩ يناير ١٩٥٩ — مجموعة النقض ١٠ ص ١ .

(٢) كوستا : بند ٨٥ ص ١٢ .

(٣) ولهذا فانه اذا لم تتوافر مفترضات هذا الطلب ، فان الطلب لا يقبل ولو كان الحكمان مخالفين للقانون أيا كانت هذه المخالفة (المحكمة العليا ٥ ديسمبر ١٩٧٠ — قضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية«تنازع اختصاص» .

(٤) عكس هذا : محمد كامل ليلة : الاشارة السابقة ص ٥٣٧ حاشية ١ .

Braci (m) : Le questoni di conflitti di giurisdizione e di attribuzioni nel nuovo codice di procedura civile. riv. proc. civ. 1941-1 p. 205.

(٥) جيلى : سبب المطالبة القضائية — مشار اليه ص ٤٩ — ٥٠ . عبد المنعم الشرقاوى : بند ١٩٢ ص ٢٩٤ .

ثانيا : أن تكون الدعوى قد رفعت أمام جهتين قضائيتين مختلفتين :
ولهذا فانه لا يوجد تنازع فى الولاية :

١ — اذا كان التنازع بين جهة قضائية وجهة ليس لها اختصاص قضائى ، أو رفع الأمر اليها لتفصل فيه بالطريق الادارى • على أن التنازع يوجد ولو لم يكن بين جهة القضاء لاادارى وجهة المحاكم • فيتصور وجوده بين هاتين الجهتين ، أو بين احدى هاتين الجهتين وهيئة ذات اختصاص قضائى لا تنتمى الى أى من الجهتين ، أو بين هيئتين لديهما اختصاص قضائى استثنائى لاتتبعان أيا من الجهتين (مادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية) (١) •

ويلاحظ أنه لا يتصور وجود تنازع بين جهة قضائية أو ذات اختصاص قضائى وبين المحكمة الدستورية العليا • ذلك أن المحكمة الدستورية العليا هى الجهة التى أناط القانون بها ولاية حسم التنازع على الولاية • فلا يقبل طلب الفصل فيما قد يقع من التعارض بين أحكامها وأحكام الجهات القضائية الأخرى على فرض حصوله ، اذ تكون قرارات المحكمة الدستورية العليا هى الواجبة النفاذ دون حاجة لحكم قضائى جديد بذلك (٢) •

٢ — اذا كان التنازع بين محاكم قضائية تتبع جهة واحدة ، سواء كانت هى جهة المحاكم أو جهة القضاء الادارى • فالتنازع فى الولاية لا يكون الا بين جهتين مختلفتين (٣) •

---

(١) حكم المحكمة العليا فى ٥ يونيو ١٩٧١ — قضية رقم ١١ لسنة ١ قضائية « تنازع اختصاص » . وحكم المحكمة العليا ٢ يوليو ١٩٧٧ — مجلة ادارة قضايا الحكومة — ١٩٧٨ — عدد ٣ ص ١٦٩ رقم ٥ .

(٢) المحكمة العليا ٥ يوليو ١٩٧٥ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ — عدد ١ — ص ١١٣ رقم ٢ .

(٣) المحكمة العليا ٣ يونيو ١٩٧١ — قضية رقم ٣ لسنة ٢ قضائية « تنازع اختصاص » .

٣ — اذا كان التنازع بين دائرتين تتبعان محكمة واحدة • ويكون الامر كذلك ولو كانت احدى الدائرتين مخصصة لنوع معين من القضايا كما هو الحال بالنسبة لدائرة الاحوال الشخصية (١) •

١١٨ — صور التنازع : التنازع على الولاية قد يكون تنازعا ايجابيا . وقد يكون تنازعا سلبيا :

(أ) التنازع الايجابى : ولهذا التنازع صورتان :

١ — **قيام دعوى أمام جهتى قضاء** (أو هيئتين ذات اختصاص قضائى أو جهة قضاء وهيئة ذات اختصاص قضائى) : ولتوافر هذه الصورة يجب :

(أ) أن تكون الدعوى قائمة أمام الجهتين فى الوقت الذى يقدم فيه طلب حل التنازع • فاذا كانت الخصومة أمام احدى الجهتين قد انتهت وبقيت الخصومة أمام الجهة الأخرى . فلا يقبل طلب تعيين الولاية • وذلك سواء كانت الخصومة قد انتهت بصدور حكم قبل الفصل فى موضوع الدعوى أو بحكم نهائى فى الموضوع (٢) •

(ب) أن تتمسك كل من الجهتين بولايتها بالدعوى ، وذلك بأن تكون كل جهة قد رفضت دفعا بانتفاء ولايتها • فاذا كان الدفع قد رفض من احدى الجهتين ، ولم يقدم للجهة الأخرى أو قدم ولم يفصل فيه بعد . فلا تتوافر هذه الصورة للتنازع الايجابى (٣) • ذلك أنه قد يغنى عن طلب تعيين الولاية تقديم دفع بانتفاء الولاية لهذه الجهة تقضى بقبوله •

---

(١) الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض ١٨ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٥ — ١ .

(٢) الجمعية العامة لمحكمة النقض المصرية ١٩ مايو ١٩٥١ — المحاماة ٢٣ — ٣٩٣ — ٢١٦ . رمزى سيف : الوسيط ص ٢٠٤ بند ١٦٢ . زانزوكى : جزء أول بند ٤٩ ص ٤٨ .

(٣) محكمة التنازع ٩ ابريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٥ — ٤ . نقض مدنى — الجمعية العمومية ١٤ يونية ١٩٥١ — المحاماة ٣٢ — ٤٠٧ — ٢١٩ •

٢ ـ **صدور قضاءين متناقضين من جهتى قضاء :** ولتوافر هذه الصورة يجب :

(أ) أن يتعلق الامر بعملين قضائيين بالمعنى الصحيح • فلا يقبل حل التنازع بين عمل قضائى وعمل ولائى •

(ب) أن يوجد تناقض بين العملين • ويوجد التناقض بينهما اذا كانا قد فصلا فى موضوع دعوى واحدة على نحو مختلف ، بحيث تكون هناك صعوبة أو استحالة فى تنفيذهما معا : وبحيث يكون تنفيذ أحدهما متعارضا مع ما للاخر من حجية • ولهذا لا يوجد تنازع اذا صدر حكم فى الموضوع من احدى الجهتين ، وحكم قبل الفصل فى الموضوع (١) من جهة أخرى • أو اذا صدر حكم موضوعى من جهة وحكم وقتى من جهة أخرى (٢) • فاذا لم يكن الحكمان متناقضين . فلا يقبل طلب تعيين الولاية ولو كان الحكمان صادرين من جهتين مختلفتين • حقيقة أنه فى هذه الحالة أيضا يوجد تنازع فى الولاية لان احدى الجهتين لا ولاية لها • ولكن المشرع لا يلتفت الى هذا التنازع لعدم الحاجة الى حله •

(جـ) أن يكون الحكمان عند تقديم طلب حل التنازع نهائيين • فاذا كان أحد الحكمين ، فى هذا الوقت ، يقبل الطعن بالاستئناف فيجب أولا استنفاد طريق الطعن اذ قد يلغى الحكم وينعدم التنازع (٣) •

(د) أن يبقى الحكمان الى حين تقديم طلب حل التنازع • فاذا كان أحد الحكمين قد ألغى من الجهة التى صدر منها صراحة أو ضمنا ، فلا يبقى سوى حكم واحد ، ولا يتصور قبول طلب لحل تنازع بين حكمين (٤) •

---

(١) المحكمة العليا ١١ ديسمبر ١٩٧٦ ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ ـ عدد ٤ ص ١٥٢ رقم ٥ . الجمعية العمومية لمحكمة النقض ١٩ مايو ١٩٥١ ـ المحاماة ٣٣ ـ ٢٩٣ ـ ٢١٦ .

(٢) محكمة تنازع الاختصاص ٢٥ يناير ١٩٥٨ ـ مجموعة النقض ٩ ص ٨ .

(٣) محكمة تنازع الاختصاص ٢٥ يناير ١٩٥٨ ـ مجموعة النقض ٩ص١

(٤) محكمة تنازع الاختصاص ٢٤ ديسمبر ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ٣١ ـ ٨٨٩ ـ ٧ .

والى جانب هذه الشروط ، أضافت المحكمة العليا فى حكم لها (١) شرطا آخر هو الا يكون الحكمان أو أحدهما قد نفذ • وفى تقديرنا أن هذا الشرط محل نظر • ذلك أنه اذا كان الحكمان قد نفذا معا فمفاد هذا أنه لا يوجد تناقض بينهما ولا يقبل طلب حل التنازع لهذا السبب • أما اذا كان أحد الحكمين فقط قد نفذ فان هذا لا يمنع من قيام التنازع بين الحكمين • فتنفيذ أحد الحكين لا يعنى أبدا انتفاء التناقض بينهما ولا ينقص من الحاجة الى الحصول على حكم لحل التنازع •

(ب) التنازع السلبى : ولتوافر هذه الصورة يجب أن تقضى كل من الجهتين بانتفاء ولايتها • وبهذا توجد الحاجة الى تعيين الجهة ذات الولاية • فاذا صدر حكم بانتفاء الولاية من احدى الجهتين . ولم يصدر مثل هذا الحكم من الجهة الأخرى سواء لعدم رفع الدعوى أمامها بعد أو لعدم فصلها بعد فى مسألة الولاية ، لم نكن بصدد تنازع سلبى (٢) • ويكون الامر كذلك ، ولو تعذر رفع الدعوى أمام الجهة الأخرى (٣)(٤) •

١١٩ ــ المحكمة المختصة بتعيين الولاية : لان المسألة تتعلق بتنازع فى الولاية بين جهتى التقاضى ، فمن الواجب ألا تحتكر جهة منهما الفصل فيها ، لمنافاة مثل هذا الاحتكار لاستقلال الجهتين بعضهما عن بعض وعدم تسليط جهة على قضاء الجهة الأخرى•ولهذا جعل المشرع هذا الاختصاص

---

(١) المحكمة العليا ــ الدعوى رقم ١ سنة ٧ ق ــ فى ٢ يوليو ١٩٧٧ ــ المحاماة ٥٨ ــ العددان ١ و ٢ ــ ص ٢١ .

(٢) محكمة التنازع ١٥ يونيو ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ٩٦٧ ــ ٥ .

(٣) كما لو كانت الجهة لم تنشأ بعد كما هو الحال بالنسبة للمحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء . (المحكمة العليا ٧ يونيو ١٩٧٥ ــ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ ــ عددا ــ ص ١١١ ــ رقم ١) .

(٤) وسواء بالنسبة للتنازع السلبى أو للتنازع الايجابى لقيام ذات الدعوى أمام جهتين ، يقبل طلب حل التنازع ولو لم يكن الحكم بانتفاء الولاية أو بالولاية نهائيا . ذلك أن الحكم فى الحالين يعتبر حكما غير منهى للخصومة ولا يقبل الطعن الا بعد نهاية الخصومة مع الحكم المنهى لها . فانتظار نهائية الحكم يؤدى الى تأخير حل التنازع .

للمحكمة الدستورية العليا باعتبارها الهيئة القضائية العليا ولا تنتمى لجهة المحاكم أو جهة القضاء الادارى • (مادة ٢٥/ ثانيا من قانون المحكمة الدستورية) •

١٢٠ — أثر طلب تعيين الولاية :

(أ) فى حالة قيام الدعوى أمام جهتين ، أو جهة وهيئة ، يترتب على مجرد تقديم الطلب وقف الخصومتين القائمتين أمام الجهتين حتى يفصل فى الطلب (مادة ٣١ من قانون المحكمة الدستورية العليا) (١) • وحكم القانون المصرى فى هذا الشأن محل نقد ، ذلك أن الخصم سىء النيه يستطيع اذا رفعت عليه الدعوى أن يسارع برفع نفس الدعوى أمام الجهة القضائية الأخرى ، ثم يطلب حل التنازع فيوقف الفصل فى الدعوى •

(ب) أما فى حالة التناقض بين حكمين ، فلا يترتب الوقف بقوة القانون كأثر لطلب حل التنازع ، وانما ينص القانون على أن لرئيس المحكمة الدستورية العليا أن يأمر — بناء على طلب ذوى الشأن (٢) — بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى الفصل فى النزاع • (مادة ٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا) •

---

(١) ويتم هذا الوقف بأن يطلب احد اطراف الخصومة : وهو عادة من قدم طلب حل التنازع ، من المحكمة التى تنظر الدعوى وقف نظرها كنتيجة حتمية لتقديم الطلب الاخير . وعلى المحكمة أن تجيبه الى طلب الوقف اذ هو لايعدو اعلام المحكمة بواقعة يؤدى تحققها الى وقف الخصومة ويكون قرار المحكمة فى هذا الشأن مجرد تقرير لتحقيق هذا الاثر . ولهذا تعتبر الخصومة موقوفة من لحظة تقديم طلب حل التنازع . (انظر : العشماوى ـ جزء أول بند ٤٢١ ص ٥٤٧ — ٥٤٨) .

(٢) رمزى سيف : بند ١٦٧ ص ٢١٠ . ابو الوفا : بند ٣٥٦ ص ٤٧ . وليس له الامر بذلك من تلقاء نفسه .

الباب الثالث

تنظيم جهة المحاكم

الفصل الأول

تعدد المحاكم

١٣١ ــ أولا : تعدد طبقات المحاكم : تتعدد طبقات المحاكم فى الدولة لاعتبارين أساسيين :

١ ــ الاخذ بمبدأ التقاضى على درجتين ، وهو ما يقتضى وجود محاكم للدرجة الأولى ومحاكم استئنافية .

٢ ــ الاخذ بنظام النقض ، وهو ما يقتضى وجود محكمة عليا فوق الطبقتين السابقتين . وذلك كله على التفصيل التالى :

١٣٢ ــ ١ ــ محاكم الدرجة الاولى والمحاكم الاستئنافية : من المبادىء التى تأخذ بها غالبية التشريعات الحديثة ، ومنها التشريع المصرى ، مبدأ التقاضى على درجتين . بمعنى أن الدعوى الواحدة تنظر مرة أخرى من محكمة أعلى درجة . ويقوم هذا المبدأ على الرغبة فى تحقيق العدالة على أحسن وجه . وذلك :

١ ــ لأن الحكم كأى عمل بشرى قد يكون غير عادل بسبب خطأ القاضى ، فضمانا للعدالة يجب عرض القضية على محكمة غير التى أصدرته لنظرها مرة أخرى .

٢ ــ لأن القاضى الذى ينظر القضية أولا سيبذل حرصا وعناية أكبر اذا كان يعلم أن حكمه معرض للتعديل من محكمة أعلى درجة (١) .

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٥٢٥ ص ٤٩٢ ــ ٤٩٣ .

٣ ــ لأن القضايا التى من نفس النوع تختلف فى أهميتها الاقتصادية والقانونية ، والتقاضى على درجتين يمكن من اعطاء اهتمام بالقضايا الأكبر أهمية . اذ يمكن قصر التقاضى على درجتين عليها (١) •

٤ ــ ولا يقوم مقام التقاضى على درجتين مجرد امكان المراجعة أمام نفس القاضى الذى أصدر الحكم • ذلك أن القاضى قد يخطىء ، ويبقى مصرا على رأيه عند عرض القضية عليه مرة أخرى •

على أن هذه المزايا المتعددة لم تمنع البعض من توجيه النقد لهذا المبدأ (٢) . وأهم ما استند اليه معارضوه :

١ ــ أنه غير منطقى لانه اذا كانت المحكمة الاعلى درجة أكثر تحقيقا للعدالة . فلماذا اضاعة الوقت والنفقات ، ولماذا لا يكون التقاضى اليها مباشرة • ويكون التقاضى عندئذ على درجة واحدة •

٢ ــ أنه من غير المؤكد أن حكم محكمة الدرجة الثانية سيكون أكثر عدالة من حكم محكمة أول درجة ، بل قد يحدث العكس ويكون حكم أول درجة أقل خطأ •

والواقع أن هذين الاعتراضين لايستندان الى أساس سليم : فمن ناحية أهمية التقاضى على درجتين لا تكمن فى ان محكمة ثانى درجة أعلى من محكمة أول درجة ، وانما تكمن فى أنها محكمة أخرى • وهى اذ تنظر القضية للمرة الثانية فانها تنظرها بعد أن تكون قد بحثت ونوقشت أمام محكمة أول درجة ، وهى لهذا يمكنها استكمال ما يكون قد ظهر فى تحقيق الدعوى من نقص أو قصور • ولا يمكن تحقيق هذا الهدف بالتقاضى الى محكمة ثانى درجة مباشرة • ومن ناحية أخرى ، فانه اذا كان صحيحا أنه من غير المؤكد أن أحكام محكمة ثانى درجة أعدل من أحكام الدرجة الأولى ، الا أن فرصة تحقيقها للعدالة دائما أكبر ، ففضلا عن أنها تعيد نظر قضية سبق بحثها ، فانها عادة تشكل من قضاة أكثر عددا أو أقدم خبرة فى العمل (٣) •

---

(١) كيوفندا : نظم ــ جزء ثان بند ١٦٣ ص ٨٨ .
(٢) أنظر : جوليان ــ مشار اليه ص ١٦١ وما بعدها .
(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٥٣٠ ص ٤٩٥ ــ ٤٩٦ .

ونتيجة للاخذ بمبدأ التقاضى على درجتين ، توجد فى القانون المصرى طبقتان من المحاكم : محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية أى المحاكم الاستئنافية . فالحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى يمكن أن يستأنف أمام محكمة الدرجة الثانية (الاستئنافية) .

١٢٣ ــ ٢ ــ محكمة النقض : وهى طبقة بذاتها أعلى من محاكم الدرجة الأولى والمحاكم الاستئنافية . وليس الهدف منها جعل التقاضى على ثلاث درجات ، فالتقاضى على درجتين فقط (١) . ويبدو هذا واضحا من اختلاف وظيفة محكمة النقض عن وظيفة المحكمة الاستئنافية . فالمحكمة الاستئنافية لا تبحث حكم محكمة أول درجة لتراقب صحته أو عدالته ، وانما هى تبحث القضية التى كانت أمام محكمة أول درجة . فهى تعيد بحث هذه القضية من جديد . ولهذا فان القضية ــ رغم وجود درجتى تقاضى ــ هى نفس القضية . والوضع ليس كذلك بالنسبة للنقض . فمحكمة النقض تراقب سلامة تطبيق الحكم محل الطعن للقانون (٢) . فالقضية التى أمام محكمة النقض هى عدالة هذا الحكم أو صحته . وهى قضية تختلف عن تلك التى كانت معروضة على محكمة أول درجة أو على المحكمة الاستئنافية . ولهذا فمحكمة النقض ليست درجة ثالثة لنظر نفس القضية .

ومحكمة النقض (٣) محكمة واحدة مقرها مدينة القاهرة (مادة ٢ سلطة قضائية) ، وقد أنشئت سنة ١٩٣١ (مرسوم بقانون رقم ٦٨ فى ٢ مايو ١٩٣١) . ووجود محكمة واحدة على رأس جهة المحاكم يتيح لها أن تكون أداة لتوحيد تفسير القانون وتطبيقه . وبهذا يتوحد القانون المطبق فى جميع محاكم هذه الجهة (٤) .

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٧٨ ص ٦٠١ .
(٢) كيوفندا : نظم ــ جزء ثان بند ١٦٣ ص ٨٩ ــ ٩١ .
(٣) وكانت عند انشائها تسمى « محكمة النقض والابرام » لكن منذ قانون المرافعات سنة ١٩٤٩ سميت بمحكمة النقض لانها تنقض دون ان تبرم حتى فى حالة رفض الطعن ، أو حالة اصدار حكم جديد فى الموضوع .
(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٦٧٨ ص ٦٠٠ ــ ٦٠٢ . وهوتفسير يختلف عن التفسير الذى تقوم به المحكمة الدستورية العليا اذ تفسير محكمة

وتختص محكمة النقض أساسا بنظر الطعون بالنقض التى ترفع اليها . وفقا لما سيلى بيانه فى حينه عند الكلام عن الطعن بالنقض . على أن المشرع خول المحكمة بنصوص خاصة ولاعتبارات تتعلق باستقلال وهيبة القضاة نظر بعض الدعاوى المتعلقة بهم ، لا كمحكمة قانون ولكن كمحكمة موضوعية (١) . (أنظر المواد ١٦٤ و ٤٩٦ و ٤٩٧ من قانون المرافعات والمادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية) .

١٢٤ — **ثانيا : تعدد محاكم الطبقة الواحدة** : فيما عدا محكمة النقض ، وهى كما ذكرنا محكمة واحدة ، لا تحتوى كل طبقة على محكمة واحدة ، وانما توجد فيها محاكم متعددة . ويتخذ هذا التعدد الصورتين التاليتين :

١٢٥ — **(أ) التعدد الاقليمى** : لو تصورنا دولة فى رقعة صغيرة من الأرض ، فانه يمكن أن توجد فيها محكمة واحدة لأول درجة وأخرى واحدة لثانى درجة . ولكن حيث تمتد رقعة الدولة فتشمل أكثر من مدينة واقليم فان محكمة واحدة لا يمكن أن تحقق العدالة على الوجه الاكمل . ذلك أن العدالة يجب أن تصل الى متناول المواطنين فلا تكون بعيدة عنهم (٢) . ولهذا تتعدد المحاكم منتشرة فى الدولة . ويكون لكل محكمة دائرة اختصاص محددة وفقا للقانون (١٠ سلطة قضائية) (٣) فتشمل بسلطتها رقعة معينة من اقليم الدولة وليس للمحكمة أية سلطة خارج هذا الاقليم .

= النقض تفسير قضائى تقوم به بمناسبة تطبيق القانون فى خصومة معينة لايلزم فى غير هذه الخصومة على عكس تفسير المحكمة الدستورية العليا اذ هو تفسير مجرد ملزم لجميع المحاكم (مادة ١/٤٩ ق . المحكمة الدستورية) (أنظر : ابراهيم سعد — القانون القضائى ص ١٤ بند ١٧٠ . وبالتفصيل صبرى السعدى : تفسير النصوص فى القانون الخاص — رسالة جامعة القاهرة ١٩٧٧ مطبوعة سنة ١٩٧٩ — ص ١٠٢ وما بعدها) .

(١) انظر : رمزى سيف : بند ١٧٩ ص ٢٢٥ — ٢٢٦ . كما خولها اختصاصات أخرى بنصوص قانونية .

(٢) المادة ١/٦٨ من الدستور المصرى .

(٣) على أنه يلاحظ أنه يكفى لانشاء المحكمة الجزئية وتعيين مقرها وتحديد دائرة اختصاصها قرار من وزير العدل (مادة ١/١١ سلطة قضائية)

وتتبع كل مجموعة من محاكم الدرجة الأولى محكمة استئنافية معينة ، بحيث لاتستأنف أحكامها الا أمامها دون المحاكم الاستئنافية الأخرى .

ولا يجوز أن تنعقد المحكمة الا فى مقرها ، فهى لا تنتقل الى الاماكن المختلفة داخل اختصاصها الاقليمى لتعقد جلساتها حيث يكون الخصوم أو مادة النزاع . فالقانون المصرى لايأخذ بمبدأ القاضى المتنقل الااستثناء. من هذا ما تنص عليه المادتان ١٣١ و ١٣٣ من قانون الاثبات من أن للمحكمة أو من تنتدبه من قضاتها أو لقاضى الامور المستعجلة أن ينتقل الى مكان العقار أو المنقول الذى يتعذر نقله لمعاينته . وفى حالات أخرى ، يجوز بقرار ادارى لاعتبارات تتصل بحسن سير القضاء الاذن للمحكمة بعقد جلساتها خارج مقرها . فوفقا للمواد ٣/٦ و ٥/٩ و ٢/١١ من قانون السلطة القضائية ، لوزير العدل ــ بناء على طلب رئيس المحكمة ــ أن يقرر عقد محكمة الاستئناف أو المحكمة الابتدائية أو المحكمة الجزئية فى أى مكان آخر غير مقرها داخل دائرة اختصاصها أو ــ عند الضرورة ــ خارج هذه الدائرة .

ولا تنعقد المحكمة فى مقرها بمناسبة نزاع معين . وانما تنعقد دائما (١). على أنه لأن القضاء مرفق عام ، فانه يعطل يوم الجمعة وفى العطلات الرسمية . فان قامت ضرورة قصوى لاجراء مستعجل فى هذه الايام ، جاز لقاضى الامور المستعجلة نظر الدعوى الوقتية رغم العطلة وذلك فى منزله(٢). ومن ناحية أخرى فلأن القضاة بشر فانهم يمنحون عطلة سنوية . وينص قانون السلطة القضائية على أن تبدأ العطلة القضائية فى أول يوليو وتنتهى فى آخر سبتمبر من كل سنة (١/٨٦ سلطة قضائية) . على أن القضاء كمرفق عام لا يتوقف فى هذه الفترة وانما يقل نشاطه ليمكن للقضاة أخذ أجازة للراحة (انظر المادتين ٨٧ ، ٨٨ سلطة قضائية) .

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٦٦ ص ١٠٢
(٢) محمد على راتب : جزء أول بند ٤٤ ص ١٤٣ .

١٣٦ ـ (ب) التعدد بسبب اختلاف قيمة الدعاوى أو نوعها :

ـ ١ ـ محاكم للدعاوى الهامة واخرى للدعاوى الاقل اهمية :

(أ) بالنسبة لمحاكم الدرجة الاولى : ينظم المشرع المصرى نوعين من هذه المحاكم :

١ ـ المحاكم الجزئية : وهى توجد فى عاصمة كل مركز . وفى كل قسم من أقسام المحافظات تقريبا . وتختص بالدعاوى التى ينص القانون على اختصاصها بها ، وهى عادة الدعاوى الاقل قيمة أو أقل أهمية أو تلك التى يريد المشرع تقريب المحكمة بالنسبة لها الى المتقاضين .

٢ ـ المحاكم الابتدائية : وهى توجد « فى كل عاصمة من عواصم المحافظات بالجمهورية » (١) (مادة ٩ سلطة قضائية) . وتختص ـ بصفة عامة ـ بتلك الدعاوى التى ترفع أمام محكمة أول درجة عدا ما أخرجه القانون من اختصاصها بنص خاص . وعادة تكون مختصة بالدعاوى الاكثر قيمة أو الدعاوى المهمة رغم قلة قيمتها .

(ب) بالنسبة لمحاكم الدرجة الثانية : وينظم المشرع المصرى منها أيضا نوعين :

١ ـ المحاكم الابتدائية : وهى نفس المحاكم التى سبق الاشارة اليها كمحاكم أول درجة . فهذه ـ فضلا عن وظيفتها كمحكمة أول درجة ـ تعتبر محكمة ثانى درجة بالنسبة للاحكام التى تقبل الاستئناف والصادرة من المحاكم الجزئية التى توجد فى دائرتها . وعندما تنعقد كمحكمة ثانى درجة تنعقد فى شكل دائرة استئنافية ، ويشار اليها باصطلاح المحكمة الابتدائية (دائرة استئنافية) .

---

(١) وذلك عدا محافظات الوادى الجديد وسيناء ومطروح والبحر الاحمر . ومن ناحية أخرى . فانه توجد فى مدينة القاهرة محكمتان ابتدائيتان احداهما لشمال القاهرة والاخرى لجنوبها .

٢ ـ محاكم الاستئناف : ويشار اليها فى الحياة العملية أحيانا باصطلاح محاكم الاستئناف العليا • ومحاكم الاستئناف فى مصر ثمانية محاكم فى كل من القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة والاسماعيلية وبنى سويف وأسيوط وقنا (مادة ١/٦ من قانون السلطة القضائية) • وتعتبر محكمة الاستئناف محكمة ثانى درجة بالنسبة للاحكام القابلة للاستئناف الصادرة من المحاكم الابتدائية ـ كمحاكم أول درجة ـ التى تقع فى دائرتها (١) • وقد تختص محكمة الاستئناف ـ استثناء بنص خاص ـ بنظر بعض الدعاوى باعتبارها محكمة أول درجة • (انظر المادة ١٦٤ المتعلقة برد القضاة والمادة ٤٩٥ المتعلقة بدعوى المخاصمة) •

١٢٧ ـ ٢ ـ محاكم مدنية ومحاكم تجارية : تعرف بعض الدول ومنها فرنسا ، نوعا متميزا من المحاكم هى المحاكم التجارية ، وهى محاكم تختص بالمنازعات التى تقوم بين التجار متعلقة بتجارتهم (٢) •

وتتميز بالسرعة فى الاجراءات ، واشتراك تجار فى تشكيلها الى جانب العنصر القضائى ، كما تتميز باتجاهها الى التوفيق بين الخصوم حتى يسكنهم استئناف علاقاتهم التجارية بروح المودة والزمالة •

ولكن التشريع المصرى لا يأخذ بهذا الاتجاه ، ويكتفى فى هذا الصدد بما يأتى :

(أ) أجازة تخصيص محكمة جزئية فى المدن التى تنشط فيها المعاملات التجارية، لنظر الدعاوى التجارية• ويتم هذا التخصيص بقرار من وزير العدل ـ بعد موافقة الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية ـ وفقا للسلطة المخولة له بموجب المادة ١٣ من قانون السلطة القضائية • وقد صدر قرار أن سنة ١٩٤٠ بانشاء محكمة جزئية تجارية بالقاهرة ، ومحكمة جزئية تجارية

---

(١) ويجوز ـ وفقا للمادة ٦ من قانون السلطة القضائية ـ تأليف دائرة استئنافية بصورة دائمة فى أحد مراكز المحاكم الابتدائية ، وذلك بقرار من وزير العدل بعد أخذ رأى الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المعنية •

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٢٠ ص ٥٥٧ ـ ٥٥٨ •

بالاسكندرية . ويتحدد اختصاص كل محكمة منهما بالنطاق الاقليمى للمحكمة الابتدائية التى تتبعها ، وتستأنف أحكامها أمام المحكمة الابتدائية المدنيـــة .

(ب) اجازة تخصيص دائرة من دوائر المحكمة المدنية ، أيا كانت طبقتها ، لنظر الدعاوى التجارية . وسندرس فيما بعد معنى الدائرة ، والتفرقة بينها وبين المحكمة .

على أنه سواء تعلق الامر بمحكمة تجارية أو بدائرة تجارية ، فان الهيئة التى تنظر الدعوى التجارية فى مصر لا تختلف فى تكوينها عن تلك التى تنظر الدعوى المدنية ، كما أن الاجراءات المتبعة أمامهما واحـــدة . وهو ما دعانا الى القول بأن مصر لا تعرف قانونا للقضاء التجارى متميزا عن قانون القضاء المدنى .

١٢٨ — **المحاكم المدنية المتخصصة** : يعرف المشرع المصرى — فى نطاق القضاء المدنى — نظام المحاكم المتخصصة . على أن هذا التخصص يقتصر على طبقة المحاكم الجزئية . ويكون للمحكمة المتخصصة اختصاص بنوع معين من المنازعات يخصها بها المشرع لا تختص بغيره . على أنه يلاحظ أنه رغم هذا التخصص فان الامر لا يتعلق بمحاكم استثنائية بل بمحاكم عادية ذات اختصاص محدد تعتبر من تشكيلات جهة المحاكم وليست خارجة عنها . فهذه الجهة تنظر دعاوى تدخل فى ولايتها ، ولكن لا تنظرها التشكيلات العادية بهذه الجهة ، بل تنظرها تشكيلات خاصة بها . وقد يراعى فى تكوين التشكيلات الخاصة بعض الاعتبارات ، وقد تنظم على نفس النحو الذى تنظم به التشكيلات العادية (١) . ونجد صورا للمحاكم المتخصصة فى التشريع المصرى فيما يلى :

١ — **محكمة شئون العمال** : تطبيقا للمادة ١٣ من قانون السلطة القضائية سالفة الذكر ، أصدر وزير العدل عدة قرارات بانشاء محاكم جزئية فى بعض المدن الهامة سميت بمحاكم شئون العمال . وتختص كل

---

(١) انظر : كيوفندا — نظم جزء ثان بند ١٦٩ ص ١١٤ .

منها بجميع الدعاوى المتعلقة بعلاقات العمل ، أيا كان القانون الذى يحكمها ، وسواء كان تشريعا عاما كالمجموعة المدنية أو تشريعا خاصا بعلاقات العمل (١) • ومحاكم شئون العمال محاكم جزئية تستأنف أحكامها أمام المحكمة الابتدائية • ولا يعرف المشرع محاكم ابتدائية أو محاكم استئناف عمالية • وان وجدت — فى بعض المحاكم الابتدائية — دائرة مخصصة لشئون العمال (٢) •

٢ — **محكمة الامور المستعجلة** : وفقا للمادة ٤٥ مرافعات توجد فى مقر كل محكمة ابتدائية محكمة مخصصة لنظر الدعاوى المستعجلة • وهذه المحكمة تعتبر من طبقة المحاكم الجزئية ، ولكنها تختص — دون غيرها من المحاكم الجزئية الموجودة فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية — بالدعاوى المستعجلة التى ترفع بصفة أصلية • ولا يعرف المشرع المصرى محاكم للامور المستعجلة كدرجة ثانية •

٢ — **محكمة التنفيذ** : أنشأ المشرع المصرى سنة ١٩٦٨ لأول مرة فى مصر محاكم متخصصة للاشراف على التنفيذ الجبرى ، وظر جميع منازعاته (٢٧٥ مرافعات) • ووفقا للمادة ٢٧٤ تشكل محكمة التنفيذ « فى مقر كل محكمة جزئية » من قاض يندب من بين قضاة المحكمة الابتدائية (٣)• وتعتبر محكمة التنفيذ من طبقة المحاكم الجزئية ، ولا يعرف المشرع المصرى محاكم تنفيذ كدرجة ثانية •

١٢٩ — **تعدد دوائر المحكمة الواحدة** : قد تشتمل المحكمة الواحدة على أكثر من هيئة لنظر القضايا ، وتسمى هذه الهيئة فى الاصطلاح القانونى بالدائرة • ويكون ترتيب وتأليف الدوائر بالمحكمة وتوزيع العمل بينها بقرار من الجمعية العمومية للمحكمة (٣٠/ب سلطة قضائية) • والهدف من تقسيم المحكمة الواحدة الى دوائر هو زيادة نشاط المحكمة ، اذ بهذا

---

(١) اسماعيل غانم : قانون العمل ١٩٦٢ — بند ٣٢ ص ٥٥ .
(٢) محمد لبيب شنب : شرح قانون العمل ١٩٨٣ بند ٢٥ ص ٣٩ .
(٣) التنفيذ الجبرى — للمؤلف — ١٩٨ — بند ٧٧ ص ١٤٤ وما بعدها.

يمكن أن تقوم بنظر عدة قضايا فى وقت واحد بواسطة دوائرها المختلفة . وعندما تنعقد احدى الدوائر ، فانها تنعقد باسم المحكمة التى هى جزء منها ، وتمارس الاختصاص المنوط بهذه المحكمة(١) . ويكون الامر كذلك ولو كانت الدائرة مخصصة لنوع معين من القضايا (٢) . على أنه ليس معنى هذا أن دوائر المحكمة تكمل بعضها بعضا ، فالقضية عندما تذهب الى احدى الدوائر فان هذه الدائرة يجب أن تنظرها الى حين اصدار الحكم فيها .

وتظهر أهمية التفرقة بين فكرة الدائرة وفكرة المحكمة من النواحى التالية :

(أ) اذا نص القانون على أن طريقا من طرق الطعن يكون أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم ، فالمقصود المحكمة وليس الدائرة . فيمكن أن يقدم الطعن أمام دائرة أخرى فى نفس المحكمة .

(ب) توزيع القضايا بين الدوائر المختلفة ـ ولو كان توزيعا بحسب نوع القضايا ـ ليس توزيعا للاختصاص . فالاختصاص يكون للمحكمة وليس للدائرة (٣) . ولهذا فان جزاء عدم احترام التوزيع بين الدوائر لا يكون الحكم بعدم الاختصاص . ويكون الامر كذلك ولو كان تخصيص الدائرة قد تم بنص فى القانون ، كما هو الحال بالنسبة لدوائر الاحوال الشخصية المشكلة وفقا للمادة ٤ من قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (٤) . ولهذا اذا عرضت دعوى على الدائرة المدنية ، فأثيرت أمامها مسألة أولية

---

(١) كيوفندا : نظم ـ جزء ثان بند ١٦١ ص ٨٢ ـ ٨٦ .

(٢) نقض مدنى ٣٠ أبريل ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ٤٥ ق .

(٣) نقض مدنى ١٣ ديسمبر ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ـ ١٣ ـ ١١٤٠ ـ ١١٨٠ : وقد قضى بأنه لا مانع من صدور الحكم فى دعوى عمالية من دوائر عادية . محكمة القاهرة الابتدائية ٤ يناير ١٩٦٢ ـ المجموعة الرسمية ٦١ ـ ١٣٥ ـ ٢٤ ، وقضت بأن الدفع بعدم الاختصاص النوعى للمحكمة فى دائرتها التجارية لمدنية النزاع غير مقبول .

(٤) نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٣٦٤ ـ ٣٧٧ . و ١٨ يناير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٥ ـ ١ .

مما يدخل فى تخصص دائرة الاحوال الشخصية ، فانها تكون مختصة أيضا بهذه المسألة . فاذا قضت بوقف الدعوى الى حين الفصل فى هذه المسألة من دائرة الاحوال الشخصية (وفقا لما يقضى به القانون من وقف الدعوى لحين الفصل فى مسألة أولية من المحكمة المختصة بها) فان **حكمها** بالوقف يكون مخالفا للقانون (١) .

(جـ) العدد الذى ينص عليه القانون بالنسبة لتشكيل « المحكمة » أيا كانت درجتها يقصد به الدائرة وليس المحكمة . ولهذا اذا كانت المحكمة الجزئية مثلا تشكل من قاض فرد فالمقصود الدائرة بالمحكمة الجزئية .

(د) وفقا للمادة ٢/٧ سلطة قضائية « لا يجوز أن يجلس فى دائرة واحدة قضاة بينهم قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية » . وهذا النص ينطبق على الدائرة دون المحكمة . فيمكن أن يجتمع داخل المحكمة الواحدة قضاة أقارب أو أصهار للدرجة الرابعة .

الفصل الثانى

تشكيل المحاكم

تشكل المحكمة من قاض أو أكثر ومن أعوان يساعدونه فى أداء مهمته . وذلك على التفصيل الآتى :

أولا : القاضى فى تشكيل المحكمة

القاضى هو الشخصية الرئيسية فى تشكيل المحكمة ، اذ هو الذى له فيها ولاية القضاء . كما أنه هو الذى يباشر أوجه نشاط المحكمة الاخرى أو يشرف عليها . وتحديده يثير المشاكل التالية :

---

(١) نقض مدنى ١٤ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٣٨٤ — ١٩٠ .

١٣٠ — ١ — القاضى الفرد وتعدد القضاة : المشكلة الأولى التى تعرض بالنسبة لتشكيل المحكمة هى الاختيار بين تخويل سلطة القضاء الى قاض فرد أو تخويلها الى هيئة مشكلة من أكثر من قاض • والواقع أن لكل من النظامين مزاياه وعيوبه (١) • فالقاضى الفرد اذ يصدر قراره وحده يكون لديه شعور بالمسئولية عن قراره مما يحمله على التروى فى اصداره • والاخذ بنظام القاضى الفرد يؤدى على مستوى الدولة الى قلة عدد القضاة ، وبالتالى الى امكان منحهم مرتبات كبيرة مما يزيد فى هيبتهم ويزيد بالتالى فى ضمان استقلالهم ، ويساعد على اختيار أحسن العناصر لتولى مهمة القضاء • وأخيرا فان هذا النظام يمكن من تنظيم اجراءات مبسطة للخصومة • على أن هذا النظام يعيبه أن رأى الجماعة عادة أصوب من رأى الفرد • ومن ناحية أخرى ، فان القاضى الفرد يسهل التأثير عليه سواء من جانب الحكومة أو الرأى العام أو من جانب الخصوم • وأخيرا ، فان القاضى الفرد اذا كان حديثا فى عمله فان عدم خبرته تعرض مصالح الخصوم للخطر •

وعلى العكس فان نظام تعدد القضاة يتميز بأن القرار يسبقه مداولة بين أعضاء الهيئة ، ومن شأن هذه المداولة أن يساعد على الوصول الى الحل الصحيح للمشاكل المثارة • ومن ناحية أخرى ، فان هذا النظام يضمن حياد القضاة ، اذ من الصعب افتراض انحياز جميع أعضاء الهيئة الى أحد الخصوم • واذا مال أحدهم عن حياده ، فان فى رقابة باقى زملائه ما يحول دون تأثره بهذا الميل • وأخيرا ، فان التعدد يضمن استقلال القضاة ، اذ يستطيع من يتعرض للضغط الخارجى أن يحتمى بسرية المداولة • على أن لهذا النظام أيضا عيوبه : فالتعدد مصحوبا بسرية المداولة يدفع قضاة الهيئة الى الاتكال بعضهم على بعض ، ولا يدعو الى الاجتهاد فى العمل ، اذ تنسب الاحكام الى الاعضاء جميعا دون أفضلية لأحد • ومن ناحية أخرى ، ليس هناك ما يضمن فى العمل وجود مداولة

---

(١) كيوفندا : جزء ثان بند ١٥٥ ص ٦١ • سوليس وبيرو : جزء أول بند ١ ٥ ص ٥٠٥ • موريل : بند ١١٢ ص ١١٣ •

حقيقية فى الرأى ، ففى الغالب يكون القرار هو قرار رئيس الهيئة أو من أنيط به من القضاة اعداد تقرير عن القضية . وأخيرا ، فان نظام تعدد القضاة يؤدى الى زيادتهم ، وبالتالى الى تحميل ميزانية الدولة بعبء اضافى لا مبرر له . وفى وقت يشكو فيه الناس من بطء القضاء ، بسبب نقص القضاة ، يكون الحل الامثل هو الاخذ بنظام القاضى الفرد مما يزيد من عمل المحاكم وفاعليتها (١) .

ويمكن القول ان اعتماد أى من النظامين يتوقف من ناحية على أخلاق المواطنين وطباعهم ، وما يشعرون به من ثقة تجاه سلطات الدولة ، ومن ناحية أخرى على مركز القضاة وما يتوافر لديهم من علم وخلق . فلا يمكن تفضيل أى من النظامين بصفة نظرية مجردة من هذه الظروف (٢) .

١٣٠ — فى القانون المصرى : لم يأخذ التشريع المصرى بصفة مطلقة بأى من النظامين . ولكنه تبنى نظاما وسطا كالآتى :

(أ) فى تشكيل محاكم الدرجة الاولى :

١ — تشكل كل من المحكمة الجزئية ، ومحكمة الامور المستعجلة ، ومحكمة التنفيذ ، من قاض فرد . وقد أراد المشرع هذا بالنسبة للمحاكم الجزئية بسبب كثرتها ولقلة قيمة الدعاوى التى تنظرها . وأراده بالنسبة لمحكمة الامور المستعجلة بسبب ما تقتضيه طبيعة الدعاوى المستعجلة من اجراءات سريعة ومختصرة مما لا يتفق مع الاناة والتروى المحيطين بمحكمة متعددة القضاة . كما أراده بالنسبة لمحكمة التنفيذ بسبب ما لمحكمة التنفيذ من اشراف ادارى على اجراءات التنفيذ مما يقتضى تشكيلها من قاض فرد فيكون هذا الاشراف أكثر فاعلية . وفضلا عن ذلك يعرف القانون المصرى نظام القاضى الفرد بالنسبة لقاضى الامور الوقتية . فهو دائما قاض فرد ، اذ هو « فى المحكمة الابتدائية رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفى المحكمة الجزئية قاضيها » (٢٧ مرافعات) . وقاضى الامور الوقتية هو من يتولى اصدار الاوامر

(١) جوليان : مشار اليه — ص ٩٢ .
(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٥٤٤ ص ٥٠٧ .

على العرائض : وهى أهم صور الاعمال الولائية ، كما أنه يتولى الاشراف الادارى على العاملين بالمحكمـــة •

٢ ــ تشكل المحكمة الابتدائية ، أخذا بمبدأ التعدد ، من ثلاثة قضاة : رئيس الدائرة وعضوان • وعادة تشتمل المحكمة الابتدائية على عدة دوائر • ويرأس المحكمة بدوائرها المختلفة ــ اداريا ــ مستشار يندب من بين مستشارى محكمة الاستئناف التى تقع المحكمة الابتدائيـــة فى دائرتها أو أية محكمة استئناف أخرى تالية لها فى الترتيب بموافقة مجلس القضاء الاعلى لمدة سنة قابلة للتجديد (مادة ٩ سلطة قضائية) (١) • وعلة تشكيل المحكمة الابتدائية من أكثر من قاض هى أهمية القضايا التى تنظرها هذه المحكمة أو صعوبتها (٢) •

(ب) فى تشكيل محاكم الدرجة الثانية :

١ ــ تشكل المحكمة الابتدائية عندما تكون محكمة استئنافية من ثلاثة قضاة • وهو نفس تشكليها عندما تنعقد كمحكمة أول درجة •

٢ ــ تشكل محكمة الاستئناف من ثلاثة قضاة من درجة مستشار (مادة ٦ سلطة قضائية) • وتحتفظ محكمة الاستئناف بتشكيلها هذا حتى فى الحالات التى تنعقد فيها ــ استثناء ــ كمحكمة أول درجة • وقد ينص القانون أحيانا على تشكيل الدائرة فيها بصفة خاصة من أكثر من ثلاثة مستشارين (أنظر المادة ٤٩٧ مرافعات المتعلقة بالمخاصمة ، فوفقا لها تشكل الدائرة من سبعة مستشارين) •

(جـ) فى تشكيل محكمة النقض : تحتوى هذه المحكمة على نوعين من التشكيلات القضائية :

---

(١) ويكون لهذا المستشار ليس فقط ولاية العمل الادارى بالمحكمـــة بل ايضا ولاية القضاء بها . فيمكن ان تنعقد احدى الدوائر برئاسته ، وتنظر الدعاوى التى تختص بها المحكمة الابتدائية (نقض مدنى ١٩٨٠/١/٥ ــ فى الطعن رقم ٧١٢ لسنة ٥ ق) .

(٢) جوليان : مشار اليه ــ ص ٨٧ وما بعدها .

١ ــ دوائر : وتشكل كل دائرة من خمسة قضاة بدرجة مستشار ويرأس الدائرة رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه • ويجوز ــ عند الاقتضاء ــ أن يرأسها أقدم المستشارين بها • وتخصص كل دائرة لنظر نوع معين من القضايا • ويجب أن تكون بمحكمة النقض دوائر لنظر المواد الجنائية ودوائر لنظر المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية والمواد الأخرى (٣ سلطة قضائية) •

٢ ــ هيئتان عامتان : فوفقا للمادة ٤ سلطة قضائية تشكل هيئتان عامتان بالمحكمة كل منهما من أحد عشر مستشارا برئاسة رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه ، احداهما للمواد الجنائية والثانية للمواد المدنية والتجارية ومواد الاحوال الشخصية وغيرها • ويصدر الحكم من الهيئة العامة بأغلبية خاصة هى أغلبية سبعة أعضاء • وللهيئة العامة اختصاص محدد • فوفقا للمادة ٣/٤ سلطة قضائية اذا رأت احدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانونى قرره أكثر من حكم سابق صادر من نفس الدائرة أو من دائرة تنتمى الى نفس الهيئة أحالت الدعوى الى الهيئة العامة المختصة للفصل فيها • فاذا حدث ورأت الدائرة المدنية والتجارية ، أو دائرة الاحوال الشخصية ، العدول عن مبدأ قانونى تقرر فى أحكام سابقة صادرة من الدائرة الجنائية (١) ، فانه يجب على الدائرة التى تنظر الطعن احالته الى « الهيئتين مجتمعتين » • وتصدر الهيئتان (كهيئة واحدة مشكلة من اثنين وعشرين مستشارا) الحكم بأغلبية أربعة عشر عضوا (مادة ٣/٤ سلطة قضائية) (٢) •

وسواء صدر الحكم فى الطعن من الدائرة أو من الهيئة العامة أو من

---

(١) أو رأت الدائرة الجنائية العدول عن مبدأ تقرر فى احكام سابقة صادرة من دائرة مدنية أو دائرة احوال شخصية .

(٢) قد يبدو من صياغة نص المادة ٤ سلطة قضائية « احكام سابقة صادرة من دوائر اخرى » ، انه اذا رات الدائرة المدنية العدول عن مبدا قررته أحكام سابقة صادرة من دائرة الاحوال الشخصية ، او رات دائرة الاحوال الشخصية العدول عن مبدأ قررته احكام سابقة صادرة من الدائرة المدنية ، فانه يجب الاحالة الى الهيئتين العامتين مجتمعتين . (من هذا الرأى : رمزى سيف : بند ١٧٧ ص ٢٢٣) . ولكن الاحالة فى هذه الصورة الى الهيئتين ليس له فى تقديرنا ما يبرره .

الهيئتين معا ، فان سلطة المحكمة تكون واحدة . وقوة الحكم الصادر فى الطعن واحدة (١) .

١٣١ — ٢ — القاضى غير المتخصص والقاضى المتخصص : تعرض على القاضى المعين فى جهة المحاكم قضايا تثير مشاكل قانونية تنتمى الى فروع قانونية مختلفة . وهو مطالب بأن يكون عالما بكل هذه الفروع حتى يستطيع أن يحسن تفسير القانون وتطبيقه فى الدعاوى المختلفة . ومما يزيد الامر صعوبة كثرة التشريعات الفرعية الحديثة فى كثير من المسائل . ولا يعتبر تخصص المحاكم أو الدوائر حلا لهذه المشكلة ؛ ذلك أن القاضى يمكن أن يناط به العمل فى نفس الوقت فى محكمة أو دائرة معينة وفى محكمة أو دائرة أخرى مختلفة التخصص . ولما كان فى هذا « تكليف بما لا يستطاع » (٢) ، واتجاه لا يتفق مع ما هو مسلم فى العصر الحديث من الحاجة الى التخصص لاجادة العمل (٣) ، فقد رأى المشرع تنظيم تخصص القاضى فى فرع قانونى أو أكثر (مادة ١٢ من قانون السلطة القضائية) .

ورغم أهمية نظام تخصص القضاة ؛ فانه لم يوضع بعد موضع التنفيذ .

ثانيا : اعوان القضاء

يعاون القاضى فى أداء مهمته بعض الاشخاص يسمون أعوان القضاء (١٣١ سلطةقضائية) هم المحامون والخبراء وأمناء السر والكتبة والمحضرون والمترجمون . ونقتصر هنا على بحث ما يتعلق بالكتبة (ومنهم أمناء السر) والمحضرين .

١٣٢ — (أ) الكتبة : وفقا للمادة ١/١٣٥ من قانون السلطةالقضائية ، يوجد بكل من محكمة النقض وكل محكمة استئناف ومحكمة ابتدائية كبير كتاب ووكيل له وعدد كاف من رؤساء الاقلام والكتاب ، ومن

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٠١ ص ٦١٧ .
(٢) المذكرة الايضاحية لقانون السلطة القضائية سنة ١٩٦٥ .
(٣) جوليان : مشار اليه ص ١٠٢ — ١٠٣ .

هؤلاء يتكون ما يعرف بقلم الكتاب . ويوجد بكل محكمة جزئية قلم كتاب يرأسه كاتب أول يتبع رئيس المحكمة الابتدائية (١٤٧ سلطة قضائية) . ويطلق على وظيفة من يقوم بأعمال الكاتب ممن يحمل ليسانس الحقوق اسم أمين السر (مادة ١٣٩ سلطة قضائية) . ويقوم كاتب المحكمة بنوعين متميزين من الاعمال (١) :

١ — يساعد القاضى فى أعماله كعنصر فى تشكيل المحكمة . فهو يحضر الجلسة ، وحضوره ضرورى لانعقادها ، ويقوم فى الجلسة بكتابة محضر يثبت فيه ما يحدث بها من وقائع . ومن ناحية أخرى ، يوقع الكاتب على نسخة الحكم الاصلية (مادة ١٥٩ مرافعات) . وفى كل هذا يعتبر اشتراكه ضروريا لصحة النشاط القضائى .

٢ — يقوم وحده بأعمال باعتباره ممثلا للمحكمة . فهو بهذه الصفة يتلقى صحف الدعاوى والعرائض ويقوم بتقدير الرسوم القضائية وتحصيلها ، ويعطى صورا للاحكام والاوامر ، سواء عادية أو صورا تنفيذية .

١٣٣ — (ب) المحضرون : وفقا للمادة ١٣٥/٢ سلطة قضائية يعين لكل محكمة ابتدائية كبير محضرين وعدد كاف من المحضرين . كما يوجد بالمحكمة الجزئية قلم محضرين كفرع من قلم المحضرين بالمحكمة الابتدائية(٢). ويطلق على وظيفة من يعين منهم بليسانس حقوق فى أقلام التنفيذ اسم معاون قضائى للتنفيذ (١٣٩ سلطة قضائية) . ويقوم المحضرون بوظيفتين أساسيتين :

١ — اعلان الاوراق الواجب اعلانها (مادة ٦ مرافعات) .

٢ — تنفيذ السندات التنفيذية والقيام بالحجوز التحفظية (المادتان ٦ و ٢٧٩ مرافعات) .

---

(١) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ١٥٦ ص ٧٠ — ٧٣ .

(٢) ولاتوجد أقلام محضرين بمحاكم الاستئناف او بمحكمة النقض .

ولأن المحضر يقوم أحيانا بعمله بناء على طلب الخصم ، فقد قيل من البعض أنه يعتبر وكيلا عنه . ولهذا للخصم أن يختار محضرا معينا للقيام بالاعلان أو التنفيذ ولا يقيده الا مراعاة الاختصاص المحلى لقلم المحضرين الذى يتبعه المحضر (١) . ولكن الصحيح أن علاقة المحضر بالخصم ليست علاقة وكالة . فالمحضر موظف عام ، وكونه يقوم بعمله بناء على طلب الخصم لا يعنى وكالته عنه ، فهذا شأن القاضى الذى لا يعمل الا بناء على طلب ، ولم يقل أحد أنه وكيل عن المدعى . ونتيجة لهذا لا يلتزم المحضر بتنفيذ تعليمات الخصم طالب الاعلان أو التنفيذ وانما عليه أن يقوم بعمله وفقا للقانون (٢) . ومن ناحية أخرى ، فان الخصم لا يسأل عن خطأ المحضر مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، بل يسأل اذا أمكن نسبة خطأ شخصى اليه نتيجة تقيد المحضر بطلبه .

---

(١) جارسونيه : جزء ثان بند ٩٤ ص ١٥٩ — ١٦٠ .

(٢) كيوفندا : مبادىء — ص ٤٥٢ — ٤٥٣ .

الباب الرابع

قواعد الاختصاص

مقدمة

١٣٤ ــ فكرة الاختصاص : يتحدد اختصاص محكمة معينة بتمييز القضايا التي لها سلطة نظرها وفقا للقواعد التي ينص عليها القانون (١) • وتختلف فكرة الاختصاص عن فكرة الولاية • فالمحاكم جميعا فى الدولة لها ولاية القضاء • وتوزع هذه الولاية بين جهتى القضاء ، الى جانب ما لغيرهما من المحاكم من ولاية محددة (٢) • وانما يتعلق الاختصاص بتحديد القضايا التى تباشر المحكمة وظيفة القضاء بشأنها من بين القضايا التى تدخل فى ولاية جهة القضاء التى تتبعها • فالاختصاص هو حد من ولاية المحكمة بسبب وجود محاكم أخرى تتبع نفس الجهة • على أن الاصطلاح فى مصر يجرى أحيانا على تسمية الولاية بالاختصاص ، ويطلق عليه اسم الاختصاص الولائى أو الوظيفى •

كما تختلف فكرة الاختصاص عن فكرة التوزيع الداخلى للعمل داخل المحكمة الواحدة • فاذا وجدت فى المحكمة الواحدة عدة دوائر ، فان توزيع العمل بين هذه الدوائر لا يعتبر توزيعا للاختصاص • ويكون الأمر كذلك ، ولو كانت الدائرة مخصصة لنوع معين من القضايا (٣) •

١٣٥ ــ تكييف الدعوى لتحديد المحكمة المختصة : والعبرة فى تكييف الدعوى لتحديد الاختصاص بها ليس بما يصفه بها الخصوم بل بما

---

(١) كيوفندا : نظم ــ جزء ثان بند ١٧٣ ص ١٤٠ . ردنتى : جزء اول بند ٣٥ ص ١٤٧ . موريل : بند ١٩٤ ص ١٧٧ .

(٢) Segré (Tulio) - Saggio critico sulla competenza del guidice nel processo civile, riv. proc. 1967. pp. 376-377.

(٣) ما سبق بند ١٢٩

تتبينه المحكمة من وقائعها ومن تطبيق القانون عليها (١) • واللحظة التى يجب النظر اليها لتحديد المحكمة المختصة هى لحظة المطالبة القضائية (٢)• فاذا حدث تغيير فى الوقائع ، كما لو زادت قيمة الدعوى أو قلت أو تغير موطن المدعى عليه ، فان هذا التغيير لا يؤثر فى تحديد المحكمة المختصة عند تقديم الطلب • على أنه تطبيقا لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة ، اذا حدثت بعد تقديم الطلب ظروف من شأنها جعل المحكمة مختصة بعد أن كانت غير مختصة عند تقديمه ، فان المحكمة تختص بالدعوى (٣) • ذلك أن من العبث عندئذ أن تقضى المحكمة بعدم اختصاصها ثم تقضى هى باختصاصها بنفس الدعوى بعد اعادة رفعها اليها (٤) •

ويلاحظ أن تحديد المحكمة المختصة بوقت المطالبة القضائية لا يعنى أن ما يقدم بعد ذلك من طلبات سواء من المدعى أو المدعى عليه لا يغير فى اختصاص المحكمة • فهذه مشكلة أخرى غير تغير الوقائع الموجودة عند تقديم المطالبة ، تخضع لقواعد خاصة ترمى أساسا الى صيانة وحدة القضية رغم تعدد الطلبات فيها (٥) •

١٣٦ — معايير الاختصاص : يتبع القانون لتحديد اختصاص المحكمة معيارين متميزين : الأول ينظر الى موضوع الدعوى ، وذلك لتحديد أى نوع من أنواع المحاكم يختص بها • والثانى ينظر الى مكان المحكمة ، وذلك لتحديد أى محكمة من المحاكم التى حددت وفقا للمعيار الأول والمنتشرة فى الدولة تختص بالدعوى • ويكون الاختصاص الذى يحدد وفقا للمعيار الأول اختصاصا قيميا أو نوعيا • ويسمى الاختصاص الذى يحدد وفقا للمعيار الثانى بالاختصاص المحلى •

---

(١) نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ١٢٢٢ — ١٧٦ •

(٢) استئناف مصر ٩ يناير ١٩٣٨ — المحاماة — ١٩ — ٢٣٩ — ١٠٩ •

(٣) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ١٧٣ ص ١٤٨ — ١٤٩ •

(٤) دونوفريو : تعليق — جزء أول بند ١٦ ص ١٣ •

(٥) ليمان : جزء أول بند ٤٨ ص ١٠٧ — ١٠٨ •

ومعايير الاختصاص التى نظمها القانون انما تتناول اختصاص محكمة أول درجة ، أما اختصاص المحكمة الاستئنافية فانه يتحدد تلقائيا بالنظر الى محكمة أول درجة التى أصدرت الحكم المطعون فيه • فكل محكمة استئنافية تتبعها عدة محاكم أول درجة تستأنف أحكامها لديها (١) • ومن ناحية أخرى فان الطعون بالنقض ترفع جميعها أمام محكمة النقض •

الفصل الأول

الاختصاص القيمى

يرمى هذا المعيار الى توزيع الاختصاص حسب قيمة القضية • ولهذا فان دراسة الاختصاص القيمى تقتضى دراسة ثلاث مسائل : تحديد الاختصاص القيمى : ثم أساس تقدير قيمة القضية ، وأخيرا كيفية القيام بهذا التقدير •

١٣٧ ــ اولا : تحديد الاختصاص القيمى : يتبع المشرع المصرى معيار الاختصاص القيمى لتوزيع الاختصاص بين المحكمة الجزئية والمحكمة الابتدائية (كمحكمة أول درجة) • فوفقا للمادة ٤٢ مرافعات معدلة بقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠ تختص المحكمة الجزئية بالحكم فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لا تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه • أما المحكمة الابتدائية فانها تختص بالحكم فى جميع الدعاوى المدنية والتجارية « التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية » (مادة ٤٧) • وهو ما يعنى ــ بالنسبة للاختصاص القيمى ــ اختصاصها بالدعاوى التى تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه • وليس هناك حد أقصى للاختصاص القيمى للمحكمة الابتدائية •

١٣٨ ــ ثانيا : اساس تقدير القيمة : تقدر قيمة القضية بالنظر الى قيمة المطالبة القضائية ، اذ المطالبة هى التى تحدد نطاق القضية التى

(١) ساتا : بند ٧ ص ١٣ . ليبمان : جزء أول بند ٤٩ ص ١١٠ .

ينظرها القاضى ، والتى يحكم فيها • والقضية الواحـدة قد تشتمل على طلب واحد ، وقد تشتمل على أكثر من طلب • وهذه الطلبات قد توجه من خصم الى آخر ، وقد يتعدد الخصوم فيها • وأيا كان الأمر ، فهناك قواعد عامة تحدد أساس تقدير قيمة الطلب نستعرضها ، ثم نبين أساس التقدير عند تعدد الطلبات أو تعدد الخصوم •

١٣٩ — ١ — القواعد العامة : (أ) ينظر فقط الى قيمة ما يطلب : أى قيمة الشىء المطالب به (١) • ونتيجة لهذا من المقرر أنه :

١ — لاينظر الى ما يحتمل أن يعود على الطالب من حصـوله على ما يطلب • ولهذا فان تقدير حق الشريك فى شركة يقدر بقيمة رأس المال المكتتب به ، ولا يدخل فيه ما قد يعود عليه من أرباح ، كما لا ينظر الى ما قد يصيبه من خسارة (٢) •

٢ — لاعبرة بما يحكم به القاضى (٣) • ذلك أنه من غير المعقول أن يترك للقاضى تحديد ما اذا كان مختصا بالدعوى أم لاحسب ما يحكم به ، فى حين أنه لا يستطيع نظر الدعوى الا بفرض اختصاصه بها •

(ب) ينظر فقط الى قيمة ما يكون محلا للمنازعة (٤) :

يجب لتقدير قيمة الدعوى التفرقة بين فرضين :

الأول : أن تتعلق الدعوى بجزء من الحق ، دون أن تعرض على القضاء — ولو ضمنا — الرابطة القانونية بأكملها • وعندئذ تقدر الدعوى بقيمة هذا الجزء وليس بقيمة الرابطة القانونية بأكملها • وتطبيقا لهـذا اذا طالب الدائن أحد المدينين بدين يقبل التجزئة بدفع نصيبه ، فان قيمة القضية تقدر بقيمة هذا النصيب ، وليس بقيمة الرابطة القانونية بأكملها •

---

(١) دونوفريو : جزء أول بند ٢٠ ص ٢٧ .

(٢) استئناف مصر ٢٩ أبريل ١٩٤١ — المحاماة ٢٢ — ٢٦٧ — ٨٧ (بالنسبة للشركة فى ورقة يانصيب) .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ١٧٨ ص ١٤٩ فنسان : بند ٢٧٦ ص ٣٤٩ .

(٤) انظر : ردنتى — جزء ثان بند ٩٣ ص ١٠٩ وما بعدها .

واذا طالب شخص بمبلغ باعتباره قسطا من دين فان الدعوى تقدر بقيمة هذا القسط وحده ، وليس بقيمة الدين بأكمله . والى هذا الفرض تشير المادة ٤٠ مرافعات بنصها على أنه « اذا كان المطلوب جزءا من حق قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء . » .

الثانى : أن تتعلق الدعوى بجزء من الحق ، ولكن المطالبة به تثير منازعة حول الحق بأكمله . وعندئذ « يكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله » (مادة ٤٠ مرافعات) (١) ويشترط لهذا أن تتخذ المنازعة صورة دعوى تقريرية متعلقة بالحق بأكمله . فمجرد بحث القاضى لهذه الرابطة كمسألة أولية ، لا يغير من قيمة القضية ما دام لا توجد دعوى الابالنسبة للجزء فقط (٢) .

على أنه يلاحظ أنه اذا كان المطلوب هو الجزء الباقى من حق : فان الدعوى تقدر بقيمة هذا الجزء وحده (مادة ٤٠ مرافعات) ، ولو أثيرت منازعة متعلقة بالحق بأكمله . اذ ما دام الامر يتعلق بالجزء الأخير ، فلا يتصور التمسك بحجية الحكم الصادر فى الكل فى منازعة مستقلة بالنسبة لغير ذلك الجزء (٣) .

١٤١ — (ج) ينظر الى القيمة عند الطلب : أى « عند رفع الدعوى » (مادة ١/٣٦ مرافعات) . وتتيجة لهذا لا تأثير لتغير قيمة الطلب من الناحية الاقتصادية بعد رفع الدعوى فى اختصاص القاضى . فاذا طالب المدعى بما قيمته عند رفع الدعوى ثلاثمائة جنيه ، فان المحكمة تظل مختصة ولو كان الشىء المطالب به قد أصبح عند نظر الدعوى يساوى

---

(١) نقض عمال ١/١١ سنة ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤٤ ق . (اذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب الحكم بالزام المدعى عليها بمبلغ معين هو متجمد العلاوة الاجتماعية فى المدة المطالب بها ، فتمسكت المدعى عليها بعدم استحقاق هذه العلاوة ، فان الدعوى تقدر بهذا الطلب الاخير ، وتكون الدعوى غير قابلة للتقدير من اختصاص المحكمة الابتدائية) .

(٢) زانزوكى : جزء أول ص ٢٥٣

(٣) Mortara (Ludovico) : Manuale della procedura. civile, vol. I, Torino 1929, n. 133. p. 148.

ستمائة جنيه . وعلة هذه القاعدة هى ألا يؤدى مرور الزمن الى تغيير المركز الموجود فيه الخصوم عند بدء الخصومة (١) .

١٤٢ — (د) يدخل فى التقدير ملحقات الطلب : على أنه يشترط لذلك :

١ — أن تكون هذه الملحقات قد طلبت (٢) ؛ فالقاضى لاينظر الى ما لايطالب منه ولو كان من ملحقات الطلب الأصلى . ولهـذا لا تدخل الملحقات فى تحديد اختصاصه ما لم تطلب .

٢ — أن تكون مستحقة الاداء عند رفع الدعوى . فلا يدخـل فى تقدير قيمة الدعوى الملحقات التى لا تكون مستحقة عند تقديم الطلب ولو طالب بها المدعى (٣) . فاذا رفع شخص دعوى يطالب بأربعمائة جنيه تمثل أصل الدين وثمانين جنيها مصـاريف وفوائد مستحقة عند رفع الدعوى ، وما يستحق من فوائد بعد رفعها . وعند الحكم فى الدعوى ، كانت قد استحقت ثمانون جنيها أخرى ؛ فان الدعوى تظل قيمتها أربعمائة وثمانين جنيها ، هذا ولو قبل القاضى الطلب وحكم بخمسمائة وستين . وعلة هذا الشرط هى حرص المشرع على تقدير القيمة باعتبارها يوم الطلب . وفى هذا اليوم لا يعرف تماما ما يستحق بعد رفع الدعوى والى حين الحكم فيها .

٣ — أن تكون قابلة للتقدير : وذلك حتى يمكن أن تضم قيمتها الى الطلب ذى القيمة المعينة ، ويكون لها اعتبار فى تحديد قيمة الدعوى . فاذا كان ما يعتبر من ملحقات الطلب غير قابل للتقدير ، فلا يعتد به فى تحديد قيمة الدعوى ، أى تقدر الدعوى باعتبار قيمتها بالنظر الى الطلب الأصلى وحده (٤) .

---

(١) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ١٧٩ ص ١٥١ — ١٥٢ .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٣٠ ص ٢٨ .

(٣) ردنتى : جزء ثانى بند ٩٣ ص ١١٢ .

(٤) وتطبيقا لهذا حكم بأن اغلاق المحال التى فتحها المدعى عليه على الارض المتنازع فى تقرير الارتفاق عليها وازالة المواسير التى مدها على هذه =

وقد أشارت المادة ٣٦ مرافعات الى أنه يعتبر من ملحقات الطلب الفوائد والتعويضات والمصاريف وغيرها من الملحقات. وتعتبر الفوائد من الملحقات التى تؤخذ فى الاعتبار فى تقدير القيمة سواء كانت اتفاقية أو قانونية بشرط ألا تكون قد استحقت فقط منذ المطالبة القضائية (١) . أما التعويضات فيجب أن تكون عن ضرر حدث قبل رفع الدعوى . أما المصاريف ، فلا يقصد بها مصاريف الخصومة التى بدأت بالطلب فهذه لم تستحق بعد (٢) وانما يقصد بها ماعداها من المصاريف مثل مصاريف حراسة الشىء محل النزاع . أما غير هذه من الملحقات فمثالها طلب ريع الأرض اذا قدم كطلب تابع لدعوى الاستحقاق ، وبصفة عامة كل طلب يتبع الطلب الأصلى بحيث لا يتصور قبوله دون قبول الطلب الأصلى .

وفى هذا الصدد ثار خلاف حول نوعين من الطلبات حسمه المشرع وهما :

١ ــ طلب ما يستجد من اجرة بعد رفع الدعوى الى يوم الحكم فيها :
اذا رفع المؤجر دعوى لمطالبة المستأجر بالأجرة المتأخرة فى ذمته وما يستجد من الاجرة بعد رفع الدعوى الى تاريخ الحكم فيها ، فان تقدير قيمة الدعوى يختلف حسب ما اذا اعتبرنا « ما يستجد من الأجرة » من ملحقات الطلب أو أنه جزء من الطلب الأصلى . اذا أخذنا بالاعتبار الأول ، لوجب القول بتقدير قيمة الأجرة المستحقة دون ما يستجد . اذ مايستجد ليس مستحقا عند رفع الدعوى فلا يضاف الى قيمة الطلب . أما اذا أخذنا بالاعتبار الثانى فتضاف قيمته الى قيمة الأجرة المستحقة . وهذا ما فضله القضاء المصرى على أساس أن طلب ما يستجد من أجرة

= الارض مع طلب نفى حق الارتفاق يعتبر نتيجة مترتبة على طلبه الاصلى المتضمن نفى حق الارتفاق وبالتالى طلبا تابعا له . ولانه لايقبل التقدير حسب القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، فانه لا يدخل فى الحساب عند تقدير قيمة الدعوى . (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٣ ــ مجموعة النقض ١٤ ــ ١١٢٤ ــ ١٦٠) .

(١) دونوفريو : جزء أول بند ٢٠ ص ٢٨ .

(٢) فنسان : بند ٢٧٦ ص ٣٤٩ . موريل : بند ٢٤٩ ص ٢٤٢ .

له نفس طبيعة الطلب الأصلى (١) . وهو أيضا ماقننه المشرع فى المادة ٣٦ مرافعات .

٢ ـ **طلب ازالة البناء او الغراس** : اذا رفعت دعوى ثبوت الملكية ، وكان المغتصب قد أقام بناء أو زرع أشجارا فى الأرض ؛ أو رفع المؤجر دعوى فسخ العقد وطرد المستأجر ، وكان المستأجر قد أقام مثل هذا فان المالك أو المؤجر يطلب عادة مع طلبه الأصلى ازالة البناء أو الغراس ، فهل يعتد بقيمة البناء أوالغراس فىتقدير قيمة القضية؟ثارت فى هذا الشأن بعض المشاكل(٢)؛حسمها المشرع بنصه فىالمادة٣٦/ ٢مرافعات على أنه«وفى جميع الأحوال يعتد بقيمة البناء أو الغراس اذا طلبت ازالته » . ومؤدى هذه العبارة أن طلب الازالة يعتبر مما يمكن تقديره . ويكون تقديره بقيمة الشيء المطلوب ازالته . وأن هذه القيمة تضاف الى الطلب الأصلى دون حاجة للبحث فى اعتبار طلب الازالة طلبا أصليا آخر أو من ملحقات الطلب الأصلى . ولهذا فان قيمته تضاف سواء كانت الدعوى الأصلية هى دعوى المالك بثبوت الملك أو دعوى المؤجر بطرد المستأجر أو أية دعوى أخرى (٣) . كما أن قيمته تضاف سواء اقتصر المدعى فى دعواه على طلبه الأصلى والازالة تاركا للمدعى عليه رفع أنقاض بنائه أو غراسه غير منازع له فيها ولا مدع لنفسه الحق فى شيء منها ، أو كان المدعى قد قدم طلبا اضافيا بتملك المبنى أو باستبقاء البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع .

١٤٣ ـ (هـ) لا يدخل الطلب المندمج فى التقدير : وفقا للمادة ٣٨/ ٢ « اذا تضمنت الدعوى طلبات تعتبر مندمجة فتقدر قيمتها بقيمة هذا الطلب وحده » . أى تقدر الدعوى بقيمة الطلب الأصلى وحده ، فلا تؤخذ الطلبات المندمجة فى الاعتبار . ووفقا للمذكرة الايضاحية يشترط لاعمال هذه القاعدة شرطان : ١ ـ أن يكون القضاء فى الطلب الاصلى قضاء فيه . ٢ ـ ألا يقوم نزاع خاص حوله . فاذا قام نزاع حوله ، وجب تقدير كل

---

(١) المنيا الابتدائية ٥ أكتوبر ١٩٤٠ المحاماة ٢١ ـ ٣٤٣ ـ ١٦٤ .

(٢) أحمد مسلم : تقدير الدعوى المتضمنة طلب ازالة بناء تبعا لطلب أصلى . مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥٩ ص ٢٩٩ ـ ١٠١١ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٣٧٣ ـ ١٨٩

طلب على حدة • ومن أمثلة هذه الطلبات : دعوى براءة الذمـة (طلب أصلى) وطلب شطب الرهن أو الغاء الحجز (طلب مندمج) • دعـوى تثبيت الملكية (طلب أصلى) وطلب تقسيم العقار (طلب مندمج) (١) • دعوى بطلان عقد بيع (طلب أصلى) وطلب شطب التسجيلات (طلب مندمج (٢) •

والواقع ــ كما لوحظ بحق (٣) ــ أن الطلب المندمج ليس سوى طلب غير قابل للتقدير ملحق بالطلب الأصلى • ولا تحسب قيمته فى تقدير قيمة القضية ، بسبب أنه طلب غير قابل للتقدير • فيعامل معاملة الطلبات الملحقة غير القابلة للتقدير • ولهذا يستوى ــ على خلاف ما تقوله المذكرة الايضاحية ــ أن يقوم بشأن الطلب المندمج نزاع مستقل أم لا •

١٤٤ ــ (و) العبرة بالطلبات الختامية للمدعى(٤) (٣٦/ فقرة أخيرة)
وعلى هذا اذا طالب المدعى بما قيمته خمسمائة جنيه ، ثم عدل طلبه الى ما قيمته أكبر أو أقل ، قدرت القضية حسب آخر طلب له • وعندئذ يقدر هذا الطلب باعتباره يوم رفعه كما قدمنا • وعلة هذا المبدأ هى أن الطلب الختامى هو الذى يعبر عن القيمة الحقيقية لدعوى المدعى • على أنه يشترط لتطبيقه أن يتعلق الأمر بتعديل للطلب الأصلى ، وليس بطلب جديد ، اذ عندئذ يبقى الطلب الأصلى كما هو وينظر الى الطلب الجديد كطلب عارض • وتطبيقا لهذا حكم بأن طلب المدعى الحكم له بنتيجة الحساب بعد طلبه الزام المدعى عليه بتقديم الحساب عن ريع منزل لايعتبر عدولا عن الطلب الأصلى ولا تنحصر طلبات المدعى فى الطلب الأصلى وحده (٥) •

---

(١) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٧٨ ــ فى الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٤٥ ق .
(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٦٧٣ ــ ٣١٢ .
(٣) رمزى سيف : بند ٢٣٦ ص ٢٨٣ .
(٤) موريل : بند ٢٢٣ ص ١٩٣ .
(٥) نقض مدنى ١٦ يونيو ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ١٤١٥ ــ ١٩٦ .

ويعتبر مؤثرا فى قيمة الدعوى تطبيقا لهذا المبدأ نزول المدعى عن أحد الطلبات • فتقدر القيمة بالنظر فقط الى الطلبات الباقية • على أنه يشترط لذلك أن يكون المدعى عليه قد قبل هذا النزول حيث يشترط القانون هذا القبول (١) •

١٤٥ — ٢ — **تعدد الطلبات بين خصمين :** اذا تعددت الطلبات المقدمة من المدعى ضد المدعى عليه ، فهذا التعدد اما أن يكون تخييرا أو احتياطيا واما أن يكون تعددا بسيطا :

١ — تعدد الطلبات تخييرا أو احتياطيا : اذا تعلقت الدعوى بحق تخييرى فالخيار اما أن يكون للمدعى أو للمدعى عليه • فاذا كان الخيار للمدعى ، فلا مشكلة هناك اذ سيطالب فى الدعوى بما اختاره • أما اذا كان الخيار للمدعى عليه — وهذا هو الأصل فى الالتزام التخييرى — فان طلب المدعى سينصب على الزام المدعى عليه بأحد الأشياء التى تبرأ ذمة هذا الاخير بالوفاء باحداها ، وعندئذ تقدر قيمة الدعوى بالشىء الذى يكون أعلى قيمة • فاذا كان أحد الأشياء مقدر القيمة وقيمة الآخر غير قابلة للتقدير فتقدر الدعوى بالنظر الى الشىء مقدر القيمة • ويؤخذ بنفس الحل أيضا فى حالة تقديم دعوى تشتمل على طلبين أحدهما أصلى والآخر احتياطى ، كما لو طالب المدعى بملكية المنزل ، وعلى سبيل الاحتياط — اذا رفض طلبه الملكية — بتقرير حق انتفاع له عليه (٢)،(٣)•

---

(١) ولكن ما تأثير تسليم المدعى عليه بجزء من طلبات المدعى ؟ لا تأثير لهذا التسليم مادام لايؤدى الى زوال النزاع حول هذا الجزء ، ولهذا لا اثر له الا اذا حدثالوفاء فعلابهذا الجزء او حدث عرضهعرضا حقيقيامقبولااو اذا حدثت مقاصة قانونية جزئية . (موريل : بند ٣٤٩ ص ٢١٣) .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٧٩ ص ١٥٠ . ساتا : بند ١٣ ص ١٨ — ابو الوفا : الطلب الاحتياطى — المحاماة ٥٨ — العددان ٣ و ٤ — ص ٩٢ .

(٣) على أن هذا الحل يفترض أن الطلبين الاصلى والاحتياطى موجهان لشخص واحد . فاذا كان الطلب الاصلى موجها لشخص والاحتياطى موجها لمدعى عليه آخر فى نفس الخصومة وجب تطبيق القاعدة التى نص عليها القانون بالنسبة لتعدد الخصوم ، اى النظر الى وحدة السبب او تعدده . (نقض مدنى ٤ ابريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٧٣٥ — ١٠٥ . عكس هذا : ابو الوفا — الاشارة السابقة) .

ويكون الأمر كذلك سواء استند الطلبان الى نفس السبب أو الى سببين مختلفين •

٢ — فى حالة التعدد البسيط : أى أن يطلب المدعى طلبين معا ، كأن يطلب الالزام بالتسليم والتعويض • وفقا للمادة ٣٨ مرافعات يجب التفرقة بين حالة ما اذا كانت الطلبات قائمة على سبب واحد أو على أسباب مختلفة • فاذا كان سبب الطلبات واحدا حدد الاختصاص على أساس قيمة مجموع الطلبات ، أما اذا كانت الأسباب مختلفة فيحدد الاختصاص بالنظر الى قيمة كل طلب على حدة • والمقصود بالسبب هنا هو الواقعة القانونية مصدر الحق المطالب به • وتطبيقا لهذا فانه اذا رفعت دعوى من العامل تتضمن طلب الأجر وبدل الانذار ومكافأة نهاية الخدمة والتعويض عن الفصل التعسفى ، فان القضية تقدر بمجموع هذه الطلبات لأن مصدرها جميعا واحد وهو عقد العمل (١) •

ويجب التفرقة بين السبب والسند الذى يثبت هذا السبب • فالسند قد يتضمن أكثر من سبب ، وعلى العكس السبب الواحد قد يثبت فى أسناد متعددة (٢) • ولهذا اذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه بثمن شىء باعه له وبأجرة منزل أجره له ، فان قيمة الدعوى تقدر بقيمة كل طلب على حدة ؛ ولو فرض وكان عقد البيع وعقد الايجار قد حررا فى ورقة واحدة • وعلى العكس ، اذ باع شخص لآخر بضاعة ؛ وحرر المشترى على نفسه عدة سندات بالثمن ، فان المطالبة بأقساط الثمن استنادا الى هذه السندات تقدر بمجموع الأقساط لاستنادها الى سبب قانونى واحد هو عقد البيع (٣) •

ويعتبر السبب مختلفا ولو كان من نفس النوع • ولهذا فانه اذا أبرم شخص عقدا للعمل لدى آخر ، ثم أبرم عقد عمل آخر للعمل فترة أخرى لدى نفس الشخص • ثم رفع دعوى واحدة على رب العمل يطالبه بما

---

(١) نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٢٩٠ — ٤٤

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثانى بند ١٧٩ ص ١٥٠ .

(٣) الموسكى الجزئية ١٩ مارس ١٩٣٦ المحاماة ١٣ — ٣٣١ — ١٥٣ .

يستحق له من مرتب متأخر عن الفترتين ، فلا تجمع قيمة الطلبين لأن كل طلب يستند الى عقد عمل مستقل عن عقد العمل الذى يستند اليه الطلب الآخر (١) . كما أن السبب يمكن أن يكون مختلفا ، ولو كانت المحكمة قد أمرت بضم دعويين فى خصومة واحدة ، ذلك أن مجرد الضم لا يؤثر فى جوهر كل دعوى (٢) ولا يعنى وحده أنها تستند مع الدعوى الأخرى الى نفس السبب القانونى . وعلى أى حال ، فان محكمة الموضوع لها السلطة الكاملة لتقدير وحدة السبب أو اختلافه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها ما دامت قد أقامت حكمها على أسباب واقعية سائغة (٣) .

ويلاحظ أنه رغم وحدة السبب القانونى ، فان الجمع لا يكون الا حيث يعتد القانون فقط بقيمة الدعوى كأساس لتحديد المحكمة المختصة ، أما حيث تكون العبرة بنوع الدعوى بالنسبة لأحد الطلبين ، فلا يجرى هذا الجمع وينظر الى كل طلب على حدة (٤) . كما يلاحظ أن القول بجمع قيمة الطلبات المتعددة أو عدم جمعها انما يتعلق بالطلبات المقدمة من المدعى فلا تجمع قيمة طلبات المدعى الى تلك المقدمة من المدعى عليه أو الغير مهما كانت الرابطة بينها (٥) . على أن طلبات المدعى تجمع قيمتها عند وحدة السبب سواء قدمت معا أو قدمت تباعا (٦) .

١٤٦ — تعدد الخصوم : (٧) . وفقا للمادة ٣٩ مرافعات ، عند تعدد المدعين أو المدعى عليهم يكون أساس التقدير — كما هو الحال عند تعدد

(١) أنظر تطبيقا مماثلا فى : نقض مدنى ١ فبراير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٢٤٧ — ٣٥ (بشأن تعدد الخصوم) . وانظر تطبيقا آخر بشأن طلب الشفعة فى اطيان مشتراه بموجب عقدين صادرين من بائعين مختلفين ، واعتبارهما طلبين تجمعهما صحيفة واحدة ويجب اعتبار كل طلب منهما على حدة باعتبار السببين مختلفان رغم انهما من نوع واحد . (نقض مدنى أول يونيو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١١٣٧ — ٢١٨) .

(٢) الاسكندرية الكلية ٣١ مايو ١٩٣٧ — المحاماة ١٨ — ٧٤٥ — ٣٦٤ .

(٣) نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٩٨٦ .

(٤) دونوفريو : جزء ثان بند ٣٢ ص ٢٩ .

(٥) موريل : بند ٢٥ ص ٢١٥ .

(٦) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٧٩ ص ١٥١ .

(٧) Moreau (Jean. Pierre) Les Limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties, Paris, 1966, p.p. 125-142.

الطلبات ـ هو وحدة السبب القانونى أو تعدده • فاذا رفعت الدعوى من خصم فى مواجهة أكثر من خصم ، أو رفعت من أكثر من خصم على خصم واحد ، أو رفعت من أكثر من خصم فى مواجهة أكثر من خصم (١) ، فان العبرة بمجموع ما يطلب اذا استند الى سبب قانونى واحد ، والعبرة بنصيب كل خصم اذا تعددت الأسباب القانونية ولو جمعت الدعاوى فى صحيفة واحدة • ويسرى هنا كل ما قلناه فى البند السابق حول معنى السبب ، وما يترتب على اختلافه واتحاده • وعلى هذا اذا رفع شخص دعوى تثبيت ملكية أرض على مدعى عليهم غصب كل منهم قطعة من هذه الأرض فان القضية تقدر قيمتها باعتبار قيمة كل طلب موجه الى كل مدعى عليه على حدة لاختلاف السبب القانونى (٢) • وعلى العكس ، اذا رفع الدائن دعوى على عدة ورثة للمطالبة بدين مورثهم (٣) ، فتقدر قيمة القضية بالمطلوب بأكمله دون تجزئة •

وقد ثار خلاف بشأن دعاوى التعويض عن المسئولية التقصيرية حول ما اذا كان السبب هو الفعل الضار أو أن السبب هنا يدخل فى فكرته أيضا الضرر • فاذا أصيب شخصان فى حادثة ورفعا دعوى على المسئول ، فان القضية تقدر قيمتها بمجموع الطلبين اذا كان السبب هو الفعل الضار لوحدته بالنسبة لهما ، أما اذا دخل الضرر كعنصر فى السبب ، فاننا ـــ اذ نكون بصدد ضررين مختلفين ـــ يجب النظر الى قيمة كل طلب على حدة • ونفس المشكلة يمكن أن تثور أيضا اذا حدث الفعل الضار من أكثر من شخص ، وكان المضرور واحدا رفع دعوى تعويض على كل منهم (٤) • وقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى بعض أحكامها الى أن الدعوى تكون مؤسسة على أسباب مختلفة بالنسبة الى كل من المدعين فيها وذلك لأنه

---

(١) مور : مشار اليه ص ١٢٦ .

(٢) نقض مدنى ١٠ فبراير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٢٦٩ ـ ٣٦ . ويكون الامر كذلك رغم أن السبب فى الدعويين متماثل وهو واقعة الغصب ، اذ كل واقعة مستقلة عن الاخرى . وانظر ايضا نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٢٤٧ ـ ٣٥ .

(٣) مورو : الاشارة السابقة ص ١٢٩ .

(٤) انظـر : رمزى سيف ـ بند ٢٣٩ ص ٢٨٧ وما بعدها .

وان كان مصدر الالتزام واحدا بالنسبة اليهم جميعا الا أن الأساس القانونى للمطالبة ليس الفعل الضار وحده بل هو والضرر الذى وقع على كل من المضرورين • وهو يختلف ويتفاوت باختلاف الأشخاص (١) • ولكن الرأى الراجح ، فقها (٢) وقضاء (٣) ، هو أنه ما دام الفعل الضار واحدا ، فان دعاوى المسئولية يكون سببها القانونى واحدا • فالواقعة المولدة للمسئولية واحدة مهما تعدد المدعون أو تعدد المدعى عليهم •

١٤٧ — **ثالثا : كيفية التقدير** : قد يكون محل الطلب مبلغا من النقود • وعندئذ ، لا تثور أية مشكلة • فالطلب يقدر بهذا المبلغ أيا كان أساس المطالبة به • على أن صعوبة تقدير قيمة الدعوى تثور اذا لم يكن المطالب به مبلغا من النقود • ولمواجهة هذه الصعوبة تنظم المادة ٣٧ مرافعات قواعد محددة لتقدير قيمة كثير من الدعاوى التى ليس محلها مبلغا من النقود • ومن المقرر أن هذه القواعد تتعلق بتقدير قيمة محل الدعوى بالنسبة فقط لتحديد الاختصاص القيمى ونصاب الاستئناف ، ولا تصلح لتقدير قيمة الدعوى بالنسبة لاية مسألة أخرى (٤) • كما أن من المقرر أن هذه القواعد واجبة الاحترام بصرف النظر عن القيمة الحقيقية لمحل الطلب ، أو تقدير المدعى أو اتفاق الطرفين على قيمة معينة (٥) ، أو رأى القاضى فى هذا

---

(١) نقض جنائى ٢١ مايو ١٩٤٦ — المحاماة ٢٧ — ١٨٠ — ١٠٦

(٢) محمد حامد فهمى : بند ١٧٥ ص ١٨٢ . رمزى سيف : بند ٢٤٣ ص ٢٩٠ — ٢٩١ . مورو : مشار اليه ص ١٣٨ — ١٣٩ . أيبرو : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٣ — ص ١٤٥ رقم ١٢ .

(٣) نقض جنائى ١٦ يناير ١٩٥٦ — مجموعة النقض جنائى ٧ — ٥٧ — ٢٢ ، و ٢٧ فبراير ١٩٥٢ — مجموعة النقض جنائى ٣ — ٤ ٧ — ٢٧٩ .

(٤) ولهذا اذا حدث ، وهلك الشىء المطالب به أثناء الدعوى ، فان قيمة دعوى المطالبة به وفقا لقواعد تقدير قيمة الدعوى لا تقيد المدعى فى طلبه التنفيذ بمقابل . (ليبمان : جزء أول بند ٥٠ ص ١١١ كيوفندا : الاشارة السابقة) .

(٥) نقض مدنى ١٩٨١/١١/٨ فى الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٤٨ ق . و ٢٢ مارس ١٩٧٨ — الطعن ٢٩٨ لسنة ٤٥ ق . .(لاعبرة بالثمن الوارد بالعقد المحمول عليه طلب تثبيت الملكية) . ونقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٩٤ — ٢٦٤ . (لا عبرة بالقيمة التى حددها المدعى وسكت عنها المدعى عليه) .

الشأن . وبصرف النظر عما أورده أو يورده القانون من قواعد بالنسبة لتقدير الرسوم النسبية المستحقة على الدعوى (١) .

والقواعد التى أوردها القانون لتقدير قيمة الدعوى هى :

١٤٨ — ١ — الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية الاصلية على عقار : وضع المشرع قاعدة محددة لتقدير العقار . فقيمة العقار هى مائة وثمانون مثلا من قيمة الضريبة الأصلية (دون الاضافية) المربوطة عليه (٢) اذا كان من المبانى ، وسبعون مثلا ان كان من الأراضى . فان لم يكن مربوطا عليه ضريبة ، قدرت المحكمة قيمته (مادة ٣٧/١) . ولم يحدد النص كيف تقدر المحكمة هذه القيمة ، ولهذا فان لها أن تستند فى تقديرها الى ما يقدمه الخصوم من المستندات أو الى تقدير الخبراء أو الى ثمن المثل . وبتحديد قيمة العقار يمكن تحديد قيمة الدعاوى التالية : الدعوى المتعلقة بالملكية قيمتها هى قيمة العقار الوارد عليه . دعوى الارتفاق قيمتها هى ربع قيمة العقار الخادم (٣) . دعوى حق الانتفاع أو الرقبة قيمتها هى قيمة نصف العقار . ويستوى أن تكون أى من هذه الدعاوى بطلب تثبيت الحق أو بطلب نفيه (٤) . ويأخذ حكم الدعوى المتعلقة بحق عينى كل من المنازعة الموضوعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار (٣٧/٢) (٥) رغم أن الأمر قد يتعلق بدعوى شخصية لا عينية ، ودعوى الحيازة أيا كانت (٣٧/٤) ، ودعوى الشفعة (٦) ، والدعاوى المتعلقة بالأراضى المملوكة للدولة ملكية

---

(١) نقض مدنى ٤ ابريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ —٧٣٥ — ١٠٥ .

(٢) والمقصود الضريبة الاصلية التى تفرضها الدولة دون الضرائب والرسوم المحلية (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٨٣ ص ١٥٩) .

(٣) ولو كانت الدعوى تتضمن المطالبة بتقرير او نفى اكثر من حق ارتفاق على العقار .

(٤) نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ١١٢٤ — ١٦٩ .

(٥) يفترض النص ان التنفيذ العقارى يرد على حق الملكية . فان ورد على حق آخر وجب النظر الى قيمة هذا الحق .

(٦) المذكرة الايضاحية لمشروع المادة ٣٧ .

عامة رغم عدم قابليتها للتعامل فيها (١) • وتنطبق هذه القواعد ولو كان العقار المطلوب تثبيت الحق العينى الأصلى عليه محجوزا عليه أو محملا بحق عينى تبعى (رهن أو امتياز أو اختصاص) (مادة ٩/٣٧) أو محملا بحق ارتفاق (٢) •

١٤٩ — ٢ — الدعاوى المتعلقة بحق عينى اصلى على منقول : تنص المادة ٦/٣٧ على أن « الدعاوى المتعلقة بالمحاصيل تقدر قيمتها على حسب أسعارها فى أسواقها العامة » أما ما عدا المحاصيل من منقولات ، فلم يبين القانون المصرى كيفية تقدير قيمة الدعاوى المتعلقة بها • ويرى غالبية الفقه المصرى تقدير قيمتها بواسطة المحكمة قياسا على العقارات غير المربوطة عليها ضرائب (٣) •

١٥٠ — ٣ — طلب تقدير قيمة معينة للحكر او طلب زيادة القيمة : تقدر الدعوى بعشرين مثلا من القيمة السنوية المطلوب تقديرها أو من الزيادة المطلوبة (مادة ٣/٣٧) • والمقصود طلب تقدير القيمة أو تقدير الزيادة ، وليس طلب المبلغ المقدر ، اذ هذا الطلب الأخير يكون محله مبلغا من النقود فيقدر بهذا المبلغ • والمقصود بطلب زيادة قيمة الحكر الزيادة فى أجرة الحكر • وهو طلب يفترض تغيير صقع الأرض المحكرة مما يقتضى زيادة هذه الأجرة (٤) •

١٥١ — ٤ — دعاوى الايراد المؤبد أو لمدى الحياة (٥) : الأصل أن تقدر الدعوى بقيمة المطلوب اذ هو مبلغ من النقود • ولكن اذا نازع المدعى عليه فى سند ترتيب الايراد ، فعندئذ نكون بصدد دعوى فرعية ، فتقدر

---

(١) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٨٥٦ — ٢٨١ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان ١٨٣ ص ١٦١ .

(٣) محمد حامد فهمى : بند ١٦٠ ص ١٦٩ — ١٧٠ . رمزى سيف : بند ٢٢١ ص ٢٦٩ جميل الشرقاوى : قواعد اختصاص المحاكم المدنيـة ١٩٥٥ ص ٧٨ — ٧٩ . ابو الوفا : بند ٣٢١ ص ٤٢٩ .

(٤) نقض مدنى ٢ يناير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٢٣ — ٦ .

(٥) المرتب مدى الحياة هو مرتب دورى لشخص طول حياته أو حياة شخص آخر . اما المرتب المؤبد فهو لا ينقضى بموت أحد ، وينتقل بعد موت المستحق الى الورثة (السنهورى : جزء ٧ — المجلد الثانى — بند ٥١٦ ص ١٠٤٣) .

دعوى الايراد بالنظر الى قيمة هذه الدعوى . وقد وضع المشرع قاعدة لتقدير القيمة على أساس أن تكون مجموع مرتب عشرين سنة اذا كان المرتب مؤبدا ومجموع مرتب عشر سنوات اذا كان المرتب لمدى الحياة (مادة ٣٧/٥)) (١) . ويراعى هذا التقدير عند المنازعة فى سند ترتيب الايراد أيا كان مبلغ الايراد المطالب به فى الدعوى الأصلية . ويقصد بسند ترتيب الايراد مصدر الالتزام به سواء كان نص القانون أو كان عقدا أو وصية (٢) .

١٥٢ — ٥ — دعاوى تقرير صحة العقد أو بطلانه ودعاوى الابطال أو الفسخ : اذا كان العقد عقدا غير مستمر . فوفقا للمادة ٣٧/٧ تقدر الدعوى بقيمة المتعاقد عليه . وعلى هذا اذا تعلقت أى من هذه الدعاوى بعقد بيع ، فان قيمة الدعوى هى قيمة الشىء المبيع . فان تعلق الأمر بعقد مقايضة ، فوفقا لنفس النص . تقدر الدعوى بقيمة أكبر البدلين : الشىء المقايض والشىء المقايض عليه . ولكن كيف تقدر قيمة الشىء محل العقد ؟ لابد فى هذا من الرجوع الى القواعد التى حددها المشرع بالنسبة للعقار أو المنقول . وعلى هذا فان دعوى صحة عقد بيع منزل تقدر بقيمة المنزل . وهذه الملكية تقدر وفقا للمادة ٣٧/١ بمائة وثمانين مثلا من الضريبة الأصلية .

فاذا تعلق الأمر بعقد مستمر . مثلا عقد ايجار ، فقد وضع المشرع فى المادة ٣٧/٨ قاعدة مختلفة للتقدير ، اذ تقدر قيمة دعوى صحة العقد أو ابطاله بمجموع المقابل النقدى لمدة العقد كلها . وعلى هذا فان دعوى صحة عقد ايجار سيارة تقدر — اذا كان العقد لمدة سنتين بايجار شهرى خمسون جنيها — بـ ١٢٠٠ جنيه . وتنطبق نفس القاعدة على دعوى فسخ العقد المستمر مادام العقد لم ينفذ . فاذا كان قد نفذ فى جزء منه ،

---

(١) فاذا كان لمدة محددة : قدر — طبقا للمادة ٣٧/٨ — بقيمة الايراد فى المدة كلها .

(٢) دونوفريو : جزء اول بند ٣٧ ص ٣٤ .

فالعبرة بالمقابل النقدى عن المدة الباقية (١) . فاذا كانت الدعوى تتعلق بامتداد العقد المستمر ، فان الدعوى تقدر بالمقابل النقدى للمدة التى قام النزاع على امتداد العقد اليها (٣٧/٩) . ويقصد بهذه المدة الفترة منذ انتهاء المدة الأصلية للعقد الى اليوم الذى يزعم المدعى أن مدة العقد تنتهى فيها . فاذا كان المدعى يزعم امتداد العقد لمدة غير معينة ، اعتبر أن الامتداد للمدة المعينة فى العقد لدفع الايجار (٥٦٣ مدنى) ، فتقدر قيمة الدعوى بالنظر الى هذه المدة .

فاذا كان العقد المستمر يمتد بقوة القانون لمدة غير محددة كما هو الحال بالنسبة لعقد ايجار الأماكن ، فان المقابل النقدى لمدة العقد أو للمدد الباقية منه يكون غير محدد وتعتبر الدعوى بصحة العقد أو بابطاله أو بفسخه (٢) أو المتعلقة بامتداده دعوى غير قابلة للتقدير . ونفس الأمر بالنسبة للدعوى بتحديد الأجرة القانونية للعين المؤجرة (٣) .

١٥٣ ـ ٦ ـ الدعاوى المتعلقة بحجز المنقول او بالتامين العينى : الدعوى بين الدائن والمدين بشأن صحة الحجز الذى أوقعه الدائن على منقول للمدين (٤) أو بطلانه أو بشأن ما للدائن على مال للمدين ـ عقارا أو منقولا

---

(١) ويكون الامر كذلك بالنسبة لدعوى تخفيض الاجرة مقابل النقص فى المنفعة : اذ هى دعوى فسخ جزئى لعقد الايجار بالنسبة للمزايا المدعى الحرمان منها . (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٩١٧ ـ ١٥٠) .

(٢) نقض مدنى ٢٩ مايو ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١١٢٩ ـ ٢١٦ . وتعتبر كذلك دعوى المؤجر بالاخلاء للتخلف عن الوفاء بالاجرة اذ هى دعوى فسخ (نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٤٩٩ ـ ٨٨) . ونفس الأمر اذا كان عقد الايجار يمتد باتفاق الطرفين لمدة غير معينة ، كما لو تضمن العقد شرطا بعدم جواز طرد المستأجر الا بسبب التأخر فى دفع الاجرة فتعتبر دعوى فسخه دعوى غير قابلة للتقدير (نقض ايجارات ٢٢ ديسمبر ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٩ ق) .

(٣) نقض مدنى ٢١ يونيو ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٩٥٣ ـ ١٦٥ . و ٢٧ مارس ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٤٩٠ ـ ٨٧ .

(٤) ولاتسرى هذه القاعدة بالنسبة لدعاوى صحة وبطلان حجز العقار فالقانون ينص ـ كما قدمنا ـ على ان جميع منازعات التنفيذ الموضوعية تقدر بقيمة العقار .

ــ من رهن أو امتياز أو اختصاص ، تقدر بقيمة الدين المحجوز من أجله أو المقرر الحق العينى ضمانا له ؛ وليس بقيمة المال (مادة ٩/٣٧) • وعلة هذه القاعدة أن الهدف من الحجز أو الحق العينى التبعى هو ضمان الحصول على هذا الدين ، فالنزاع حول أيهما لا أهمية له بين الدائن والمدين الا بالنظر الى هذا الدين (١) •

ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أن ترفع الدعوى بين الدائن والمدين • فان رفع شخص من الغير دعوى استحقاق للمنقول المحجوز ، أو للمال المحمل بحق عينى تبعى ، فهى دعوى تتعلق بالمال وليس بالدين ، فتقدر قيمتها بقيمة المال بصرف النظر عن توقيع الحجز أو ترتيب التأمين العينى عليه •

١٥٤ ــ ٧ دعوى تحقيق الخطوط الاصلية ودعوى التزوير الاصلية :

تقدر قيمة كل منهما بقيمة الحق المثبت فى الورقة (مادة ١٠/٤٧) • وذلك على أساس أن أهمية الدعوى انما تتعلق فى النهاية بهذا الحق • ولا تنطبق هذه القاعدة على دعوى التزوير الفرعية فهذه الدعوى تقدر بقيمة الدعوى الأصلية باعتبارها طلبا عارضا فى هذه الدعوى • وذلك أيا كانت قيمة الحق المثبت فى الورقة المدعى تزويرها (٢) •

١٥٥ ــ الدعاوى غير القابلة التقدير : وفقا للمادة ٤١ معدلة بقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠ « اذا كانت الدعوى بطلب غير قابل للتقدير بحسب القواعد المتقدمة (التى تنص عليها المواد من ٣٦ الى ٤٠) اعتبرت قيمتها زائدة على خمسمائة جنيه » • وعلة هذه القاعدة أنه مادام الطلب غير قابل للتقدير ، فلا يمكن تحديد الاختصاص به على أساس القيمة • فأهميته قد تكبر أو تقل حسب نوعه لا حسب قيمته • وقد شاء المشرع أو يجعله ــ بصرف النظر عن نوعه ــ من اختصاص المحكمة الابتدائية •

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٨٥ ص ١٦٢ وبند ١٨٦ ص ١٦٣ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٦٧٣ ــ ٣١٢ و ٢١ يونيو ١٩٥٦ ــ مجموعة النقض ٧ ص ٧٤٢ .

ويجب التفرقة بين الدعوى غير القابلة للتقدير ، والدعوى التى لم يقدر المدعى قيمتها ، فهذه يتم تقديرها وفقا للقواعد التى ينص عليها القانون . كما أنه يجب التفرقة بين الدعوى غير القابلة للتقدير ، والدعوى غير المحددة . فالدعوى بطلب شىء غير محدد أو غير معلوم المقدار يمكن أن تكون قابلة للتقدير اذا أمكن تحديدها أو معرفة مقدارها من واقع أوراق القضية أو من ظروفها (١) . وتطبيقا لهذا لا يعتبر طلبا غير قابل للتقدير طلب ما يستجد من الفوائد لغاية صدور حكم أول درجة (٢) .

والمقصود بالدعاوى غير القابلة للتقدير ليست فقط تلك الدعاوى التى تتنافى بطبيعتها مع امكان تقديرها بالنقود بل أيضا الدعاوى التى وان قبلت بطبيعتها هذا التقدير لم يضع المشرع قاعدة معينة لتقديرها . ولهذا يعتبر طلبا غير قابل للتقدير : دعوى اثبات النسب (٣) — دعوى اثبات الزوجية — دعوى تقرير الجنسية — دعوى الالزام بعمل ومثالها دعوى الالزام بتقديم حساب أو اقامة بناء أو اعادة عامل مفصول الى عمله — دعوى الالزام بالامتناع عن عمل ومثالها دعوى وقف عمل ضار — طلب شطب الرهن — طلب شطب بروتستو عدم الدفع (٤) — طلب التسليم الذى يبدى بصفة أصلية (٥) .

على أنه يستثنى من قاعدة اعتبار الدعاوى غير القابلة للتقدير مما تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه الدعاوى التالية :

(أ) الدعاوى التى ينص القانون على ادخالها فى اختصاص المحكمة الجزئية أو غيرها من المحاكم التى فى درجتها ، بسبب نوعها بصرف النظر عن عدم قابليتها للتقدير . ومن أمثلتها الدعاوى المستعجلة .

---

(١) نقض مدني اول ديسمبر ١٩٦٠ — مجموعة النقض ١١ ص ٦٣ .
(٢) مصر الكلية ٢٤ مارس ١٩٣٠ — المحاماة — ١١ — ١٦٢ — ٩٩ .
(٣) وهى تختلف عن دعوى انحصار الارث فى مال التركة اذ تعتبر قابلة للتقدير ، وتقدر بقيمة هذا المال . (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٧٦٥ — ٢٦٧) .
(٤) الجيزة الجزئية ٢٢ مارس ١٩٦٠ — المجموعة الرسمية ٦٠ — ٦٩٥ — ٩ .
(٥) نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٨٥٦ — ٢٨١ .

(ب) اذا كان محل الدعوى طلبا تخييريا أو احتياطيا ، وكانت قيمة أحد الشيئين قابلة للتقدير والأخرى غير قابلة له فتقدر قيمة الدعوى بالشيء القابل للتقدير .

(ج) اذا تعلق الأمر بملحقات طلب أصلى . فهذه لا يعتد بها فى تحديد المحكمة المختصة مادامت غير قابلة للتقدير . وقد سبق بيان هذا .

الفصل الثانى

الاختصاص النوعى

١٥٦ ــ تعريف : يرمى هذا المعيار الى تحديد اختصاص المحكمة بدعاوى معينة بالنظر الى طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية بصرف النظر عن قيمتها (١) . ويتبع المشرع هذا المعيار عادة بالنسبة لتحديد المحاكم ذات الاختصاص الاستثنائى أو لتحديد اختصاص التشكيلات الخاصة بالمحاكم. ولكنه قد يتبعه أيضا ــ الى جانب معيار الاختصاص القيمى ــ لتوزيع الاختصاص بين محاكم القضاء العادى . ونكتفى هنا بعرض الاختصاص النوعى لكل من المحكمة الجزئية والمحكمة الابتدائية ثم نبين الاختصاص النوعى بالدعاوى المستعجلة .

١٥٧ ــ اولا : الاختصاص النوعى للمحكمة الجزئية : تختص المحكمة الجزئية ببعض الدعاوى اختصاصا نوعيا . وعلة هذا الاختصاص هو شيوع هذه الدعاوى فى العمل ، مما يقتضى جعلها من اختصاص محكمة قريبة من المواطنين ، فضلا عن أن بعضها قليل الاهمية وان كان غير قابل للتقدير ، فتركه لقواعد الاختصاص القيمى كان سيؤدى الى جعل الاختصاص بها للمحكمة الابتدائية بغير مقتضى . وهذه الدعاوى هى (مادة ٤٣) :

١٥٨ ــ ١ ــ الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بمياه الرى وتطهير الترع والمساقى والمصارف : وذلك سواء كانت دعاوى تتعلق بحق عينى أو دعاوى

(١) كوستا : بند ١٠٠ ص ١٢٦ .

حيازة ، أم كانت دعاوى شخصية تتعلق باتفاق حول هذه المسائل أو ترمى الى المطالبة بالتعويض أيا كان أساسه • على أنه يلاحظ أن قانون الرى والصرف (رقم ١٢ لسنة ١٩٨٤) (١) قد خول سلطة الفصل فى بعض المنازعات المتعلقة بتطبيقه لجهة غير جهة المحاكم • فقد خول مدير عام الرى الفصل فى بعضها (٢) ، كما خوله اختصاصا باصدار قرارات وقتيةمتعلقة بالانتفاع بالمساقى والمصارف الخاصة (٣) • كما خول لجنة قضائية الفصل فى منازعات التعويضات المنصوص عليها فى هذا القانون (٤) • ولا شك أن الادارة وفقا لهذا القانون لها ولاية الفصل فى المنازعات المخولة بموجبه سلطة الفصل فيها (٥) • فنص قانون المرافعات بصيغة عامة على تخويل المحكمة الجزئية الاختصاص بالدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف لايسلب الادارة الولاية المحددة لها وفقا لهذاالقانون، خاصة أن هذا القانون قد صدر تاليا لمجموعة المرافعات •

ومن ناحية أخرى ، فان المحكمة الجزئية لا تشارك جهة الادارة فيما منحته هذه الأخيرة من ولاية • ذلك أنه وان كان للمحاكم الولاية العامة ، فانه يخرج عن هذه الولاية ما يخوله القانون من ولاية لقضاء استثنائى • على أنه يلاحظ أن المنازعات التى ينص قانون الرى والصرف على دخولها

---

(١) صدر فى ٢٢ فبراير ١٩٨٤ .

(٢) مادة ١٨ من قانون الرى والصرف .

(٣) مادة ٢٣ من قانون الرى والصرف .

(٤) وتشكل هذه اللجنة فى كل محافظة برئاسة قاض ينديه رئيس المحكمة الابتدائية فى المحافظة وعضوية وكيل الادارة العامة للرى ووكيل تفتيش المساحة ووكيل مديرية الزراعة بالمحافظة اومن يقوم مقامهم وممثل عن المحافظة يختاره المحافظ . ويقبل قرار اللجنة الطعن امام المحكمة الابتدائية المختصة . ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار (مادة ١٠٢ من القانون) .

(٥) ويلاحظ أن بعض القرارات التى يصدرها مفتش الرى وفقا لهذا القانون لا تثير اية مشكلة وهذه هى القرارات الادارية ، اذ يكون التظلم منها الى وزير الرى (المادتان ٢٩ و ٦٣ من القانون) . فان ثار نزاع بشأنها كان من ولاية جهة القضاء الادارى .

فى ولاية جهة أخرى غير المحكمة الجزئية يجب تفسيرها ــ باعتبارها استثناء على ولاية المحاكم العامة ــ تفسيرا ضيقا ، ولا ولاية لهذه الجهة بغيرها(١).

١٥٩ ــ ٢ ــ دعاوى تعيين الحدود بين العقارات المتجاورة : والمقصود بها رسم الحد الفاصل ــ فى الطبيعة ــ بين عقارين متجاورين . والفرض أنه ليس هناك نزاع بين الجارين حول ملكية كل منهما لعقاره أو حول مساحة العقار . فتقتصر مهمة القاضى على تطبيق مستندات الملكية وتحرير محضر بالحد الفاصل بين العقارين . فان ثار نزاع حول الملكية أو مداها ، وتجاوزت قيمة النزاع اختصاص القاضى الجزئى ، فعليه وقف دعوى تعيين الحدود الى حين الفصل فى دعوى الملكية من المحكمة الابتدائية المختصة .

١٦٠ ــ ٣ ــ دعاوى تقدير المسافات : وهى دعاوى يطلب فيها تقرير أن اقامة المدعى عليه لمبنى أو منشأة ضارة أو غراسا قد تمت على أقل من المسافة التى يجب أن يبتعد بها عن عقار المدعى وفقا للقانون . ومن هذه الدعوى التى يرفعها الجار لتقرير أن جاره قد فتح عليه مطلا مواجها لمسافة أقل من متر بالمخالفة للمادة ٨١٢ مدنى . وتفترض هذه الدعوى ألا يكون حق أى من الطرفين فى عقاره محل نزاع . فان كان هذا الحق محل نزاع ، وتجاوز النزاع اختصاص القاضى الجزئى ، وجب عليه وقف دعوى تقدير المسافة الى حين الفصل فى دعوى الحق من المحكمة الابتدائية المختصة . على أن القاضى الجزئى يكون مختصا بدعوى تقدير المسافة ولو كان الالتزام بمسافة معينة محل نزاع بين الطرفين ، بصرف النظر عن عدم قابلية هذا النزاع للتقدير .

١٦١ ــ ٤ ــ دعاوى قسمة المال الشائع بين الشركاء فيه : وذلك سواء كان المال عقارا أو منقولا (٢) ، وأيا كانت قيمة العقار أو المنقول. وتفترض

---

(١) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٦٣ ــ مجموعة النقض ١٤ ــ ٢٠٣ ــ ٢٧ . نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٧٧ ــ الطعن ٥٧٤ لسنة ٤٣ ق .

(٢) سواء تعلق الأمر بالقسمة عينا أو بالبيع لعدم امكان القسمة عينا بغير ضرر . (المادة ٤٦٤ مرافعات) . العشماوى : جزء أول بند ٣١٥ ص ٤٠٩ حاشية ١ .

دعوى القسمة أنه لا خلاف حول ملكية الشركاء على الشيوع للمال ولا على نصيب كل منهم شائعا فيها . فيكون الهدف من الدعوى هو تكوين حصه كل منهم وتجنيبها مفرزة فى المال . فاذا ثار نزاع على ملكية الشركاء للمال أو نصيب كل منهم فى الملكية الشائعة ، أو حول طبيعة هذا الشيوع وهل هو اجبارى أو عادى ، فلا يختص القاضى الجزئى بهذا النزاع الا وفقا لقوعد الاختصاص القيمى . فان لم يكن مختصا به قيميا وجب عليه — وفقا للمادة ٢/٨٣٨ من المجموعة المدنية — وقف الخصومة واحالة هذا النزاع الى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل فيه (١) .

١٦٢ — ٥ — بعض المنازعات المتعلقة بالاراضى الزراعية وما فى حكمها : وهى المنازعات التى تنص المادة ٣٩ مكرر من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (مضافة بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥) على اختصاص المحكمة الجزئية بها أيا كانت قيمتها وهى (٢) :

(أ) المنازعات الناشئة عن العلاقة الايجارية بين مستأجر الأراضى الزراعية ومالكها .

(ب) المنازعات المتعلقة بالسلف الزراعية أو العينية فى خدمة الأرض المؤجرة بواسطة أحد طرفى عقد المزارعة المثبتة ببيانات الحيازة باسمه .

١٦٣ — ثانيا : الاختصاص النوعى للمحكمة الابتدائية : الى جانب الاختصاص الواسع — سالف الذكر — للمحكمة الابتدائية مما دعا الى تسميتها بالمحكمة ذات الولاية العامة، فان المشرع ينص أحيانا على اختصاصها بدعاوى معينة بالنظر الى نوعها بصرف النظر عن قيمتها . ويكون هدف المشرع من هذا عادة اما تأكيد اختصاص المحكمة الابتدائية بالدعوى باعتبارها دعوى غير قابلة للتقدير ، واما رغبة المشرع فى أن تنظر الدعوى

---

(١) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ١٠٢ — ١٦ .

(٢) وللمحكمة الجزئية ولاية القضاء المستعجل وقاضى التنفيذ فى المسائل التى تدخل فى اختصاصها . (نفس المادة) . ووفقا للمادة ٥ من قانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥ تكون المحكمة الجزئية مختصة بكل ما كانت تختص به لجان الفصل فى المنازعات الزراعية المنشأة بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ .

القابلة للتقدير — ولو كانت قيمتها لا تجاوز خمسمائة جنيه — من محكمة ابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة لما يراه المشرع من أهمية خاصة للدعوى بالنظر الى نوعها . وأهم هذه الدعاوى : دعاوى شهر الافلاس والصلح الواقى (٢/٤٢ مرافعات) وشهر الاعسار (٢٥٠ مدنى) والطعون التى ينص قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (بشأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر) على اختصاص المحكمة الابتدائية بها . وهذه هى الطعون فى قرارات لجان تحديد الاجرة (مادة ١٨) (١) . وبعض الدعاوى المتعلقة بحماية حق المؤلف مثل طلب سحب المؤلف من التداول (قانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ — مادة ٤٩) .

١٦٤ — ثالثا : الاختصاص النوعى بالدعاوى المستعجلة : (الدعاوى الوقتية) : اذا رفعت الدعوى المستعجلة كدعوى أصلية . فان الاختصاص بها يكون لاحدى محكمتين (٢/٢٤٥ مرافعات) :

١ — محكمة الأمور المستعجلة . وهذه المحكمة توجد بالمدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية . وهى تختص دون غيرها من المحاكم الواقعة فى هذه المدينة بالدعوى المستعجلة .

٢ — المحكمة الجزئية خارج المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية . وذلك بالنسبة للدعوى المستعجلة التى يجب — وفقا لقواعد الاختصاص المحلى — رفعها خارج هذه المدينة . وعلى ذلك فالدعوى المستعجلة التى تختص بها محليا محكمة مدينة بلبيس الجزئية لا ترفع الى قاضى الامور المستعجلة بمحكمة الزقازيق ، ولكن تختص بها محكمة بلبيس الجزئية . وهى نفس المحكمة الجزئية التى تنظر الدعاوى الموضوعية .

على أنه لان الدعوى المستعجلة هى دعوى وقتية لخدمة دعوى موضوعية معينة ، فمن المقرر أنه اذا رفعت الدعوى الموضوعية أمام

---

(١) وفيما عدا هذه الطعون ، لم يخول قانون ١٩٧٧ المحكمة الابتدائية اختصاصا استثنائيا بالمنازعات الايجارية . بل تركها — على خلاف قانونى ١٢١ لسنة ١٩٤٧ و ٥٢ لسنة ١٩٦٩ — للقواعد العامة فى الاختصاص القيمى او النوعى .

محكمة الموضوع سواء كانت محكمة ابتدائية أو جزئية ، فان هذه المحكمة تختص بالدعوى المستعجلة بطريق التبعية (٣/٤٥) • وتختص المحكمة الجزئية على هذا النحو ولو كانت داخل المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية • وتقدير المحكمة لقيام رابطة تبعية أو عدم قيامها هو تقدير موضوعى لا معقب عليه لمحكمة النقض متى بنى على أسباب سائغة (١) • ويكون صاحب الدعوى المستعجلة بالخيار اما أن يرفعها كدعوى أصلية (٢) ، أو يرفعها كدعوى فرعية أمام محكمة الموضوع • غير أنه اذا رفعها أمام احدى المحكمتين ، فلا يجوز رفعها أمام الأخرى •

والاختصاص بالدعوى المستعجلة هو اختصاص نوعى • فهو مقرر لمحكمة الأمور المستعجلة أو للمحكمة الجزئية بصفة أصلية ، أو لمحكمة الموضوع بصفة فرعية ، بصرف النظر عن قيمة الدعوى المستعجلة أو قيمة الدعوى الموضوعية التى تخدمها أو عن عدم قابلية أى من الدعويين للتقدير • كما أنه مقرر بصرف النظر عن نوع الدعوى الموضوعية ودخولها فى اختصاص نوعى لمحكمة معينة (٣) ولو كانت محكمة متخصصة كمحكمة شئون العمال أو المحكمة الجزئية التجارية (٤) •

ولأن الاختصاص بالدعوى المستعجلة اختصاص نوعى فانه لا يقوم الا حيث يتعلق الأمر بدعوى وقتية ، ولهذا فانه اذا رفعت دعوى موضوعية فانه أيا كان وجه الاستعجال الذى يبرر الاسراع بالفصل فى هذه الدعوى، فانها لا تدخل فى الاختصاص المقرر للدعاوى الوقتية المستعجلة • على أنه اذا رفعت دعوى وقتية لا يتوافر فيها أحد شروطها ومنها ــ كما قدمنا ــ

(١) نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ٧١ ــ ١٢٦١ ــ ١٨٣ .

(٢) نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٥٨ ــ مجموعة النقض ٩ ص ٢١٦ . محمد على راتب : جزء أول بند ٧ ص ٣٥ . ويجوز هذا ولو كانت الدعوى الموضوعية أمام محكمة ثانى درجة (ابو الوفا : بند ٣٠١ ص ١٦) .

(٣) مصر الكلية مستعجل ــ ١٠ يولية ١٩٣٢ ــ المحاماة ١٣ ــ ١١٤٣ ــ ٥٧٠ .

(٤) مصر الابتدائية ــ مستعجل ــ ٢١ سبتمبر ١٩٤٢ ــ المحاماة ٢٤ ــ ٢٢٥ ــ ٨٦ .

شرط الاستعجال ، فانه لا يمكن — بدقة — الكلام عن عدم اختصاص ، وانما تحكم المحكمة عندئذ برفض الدعوى الوقتية . ذلك أن مسألة الاختصاص مسألة سابقة على بحث الدعوى ، فى حين أن البحث فى الاستعجال هو بحث فى الدعوى لقبولها أو رفضها (١) .

على أنه يشترط للاختصاص بالدعوى الوقتية كدعوى أصلية أن تكون هذه الدعوى متعلقة بدعوى موضوعية تدخل فى ولاية جهة المحاكم . ذلك أن الدعوى الوقتية هى بطبيعتها دعوى مساعدة ترمى — كما قدمنا — الى مساعدة دعوى موضوعية . فاذا كانت هذه الدعوى لا تدخل فى ولاية جهة المحاكم ، فان محكمة الامور المستعجلة ، أو المحكمة الجزئية ، وهى من تشكيلات هذه الجهة لاتكون لها ولاية الدعوى الوقتية اللازمة لمساعدتها . وعلى هذا تشمل ولاية القضاء المستعجل الدعوى الوقتية اللازمة لخدمة كل دعوى موضوعية تدخل فى ولاية جهة المحاكم بما فيها دعاوى الاحوال الشخصية ، والدعوى التى أتفق على التحكيم بشأنها ، ولكنها لا تمتد الى ما يخدم الدعاوى التى تخرج عن ولاية هذه الجهة سواء لخروجها عن ولاية القضاء المصرى عموما أو لدخولها فى ولاية جهة القضاء الادارى (٢) ، أو فى ولاية محكمة استثنائية (٣) .

---

(١) قرب : احمد مسلم : بند ٢٣٤ ص ٢٥٤ . وقرب لوجهة نظرنا ايضا : نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٢ ق . وقد جاء به انه اذا رفعت دعوى باجراء وقتى، ولم يتوافر شرط الاستعجال، قضت المحكمة بعدم الاختصاص . وهذا القضاء يتضمن رفضا للدعوى لعدم توافر شرط قبولها وهو الاستعجال .

(٢) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٢٣٠ — ٣٥ (وقضى بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى الوقتية المتعلقة بقرار ادارى) . ولا يعتبر كذلك قرار النيابة العامة فى مواد الحيازة كقرارها بمنع التعرض او تمكين شخص من وضع يده على العقار . فهذا القرار ليس سوى قرار تحفظى الى حين تدخل القضاء المدنى . (انظر : محكمة الأمور المستعجلة بالقهارة ١٩٧٨/١/١٢ — المحاماة ٥٨ — عدد ٣ و ٤ — ص ٦٠ رقم ١) .

(٣) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٢ — ١٩٥ — ٣٣ .

الفصل الثالث

الاختصاص المحلى

١٦٥ ــ تعريف : بقصد بالاختصاص المحلى تحديد أى نوع من أنواع محاكم الدرجة الأولى التى من نفس النوع ــ والتى تتوزع فى الدولة اقليميا ــ يجب الالتجاء اليها • ويضع المشرع قاعدة عامة تحدد المحكمة المختصة على أساسها ، ثم يضع قواعد خاصة بالنسبة لدعاوى معينة •

١٦٦ ــ أولا : القاعدة العامة (محكمة موطن المدعى عليه) : القاعدة العامة هى اختصاص محكمة موطن المدعى عليه • وقد حددها المشرع لتحقيق المساواة بين طرفى الخصومة فالمدعى هو الذى يختار الوقت الذى يرفع فيه الدعوى ، ويستطيع أن بعد مستنداته قبل رفعها ، فيجب ــ لموازنة مركزى الخصمين ــ رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه (١) • وهذه القاعدة تنطبق على جميع الدعاوى ما لم يوجد نص يقرر قاعدة خاصة (٤٩/١ مرافعات) • وهى تنطبق سواء كانت الدعوى تقريرية أو منشئة أو دعوى الزام (٢) • كما تنطبق أمام القضاء العادى وأمام القضاء الاستثنائى •

وفى القانون المصرى ، موطن الشخص هو المكان الذى يقيم فيه عادة (مادة ٤٠ مدنى) • فاذا كان للمدعى عليه أكثر من موطن ، فترفع الدعوى أمام المحكمة التى يتبعها أى من مواطنه حسب اختيار المدعى • فاذا لم يكن للمدعى عليه موطن فى مصر ، فترفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها محل اقامته (٣) (٤٩/٢) • فاذا كان له أكثر من محل اقامة فترفع أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها أى منها حسب اختيار

---

(١) زانزوكى : جزء اول بند ٨٧ ص ٢٧٦ .

(٢) كوستا : بند ١٠٧ ص ١٣٤ .

(٣) والفارق بينهما ان محل الاقامة هو محل السكن ، اما الموطن فهو محل الاقامة المعتادة .

المدعى . فاذا لم يكن له موطن أو محل اقامة فى مصر ، كما لو كان أجنبيا أو من البدو الرحل ، كان الاختصاص لمحكمة موطن المدعى أو محل اقامته . فان لم يكن للمدعى موطن أو محل اقامة ، فالاختصاص للمحكمة الموجودة بالقاهرة (٦١ مرافعات) . ولان المحاكم بالقاهرة متعددة فللمدعى سلطة رفع الدعوى أمام أى منها حسب اختياره (١) .

وموطن عديم الاهلية أو ناقصها هو المكان الذى يقيم فيه عادة وليه أو وصيه أو القيم عليه ، ولو كان هو لايقيم فيه (مادة ٤٢ مدنى) . فالمحكمة التى يتبعها هذا المكان هى المحكمة المختصة بالدعاوى التى ترفع على عديم الأهلية أو ناقصها (٢) . واذا كانت الدعوى على شخص معنوى ، فانها ترفع الى محكمة مركز ادارته الرئيسى . وينص القانون المصرى صراحة على هذا الحكم بالنسبة للدعاوى التى ترفع على الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات الخاصة (مادة ١/١٥٢ مرافعات) ، ولكن يمكن تقريره كقاعدة عامة دون نص ، قياسا على اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالنسبة للشخص الطبيعى . ذلك أن مركز الادارة الرئيسى للشخص المعنوى يعتبر قانونا موطنا له (٣) .

ثانيا : اختصاص محكمة اخرى على خلاف القاعدة العامة

١٦٧ ــ ١ ــ الدعاوى العينية العقارية : تختص بهذه الدعاوى المحكمة التى يوجد فى دائرتها محل العقار . ويبرر هذه القاعدة أن القاضى القريب من محل المال أقدر من غيره على الفصل فى الدعوى المتعلقة به لما قد يقتضيه من معاينته (٤) . وتنطبق هذه القاعدة على الدعوى العينية العقارية دون الدعوى العينية المنقولة أو الدعوى الشخصية . ويستوى أن ترمى الدعوى الى حماية حق عينى عقارى أصلى أو تبعى أو أن ترمى الى حماية الحيازة (مادة ٥٠) فاذا وقع العقار فى دائرة أكثر من محكمة

---

(١) احمد مسلم : بند ٢٤٥ ص ٢٦٨ .
(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٩٧ ص ١٨٣ .
(٣) موريل : بند ٢٥٥ ص ٢٣٠ .
(٤) فنسان : بند ٢٨٥ ص ٣٦٢ .

فان الاختصاص يكون لأية محكمة يقع فى دائرتها جزء من العقار (مادة ١/٥٠ مرافعات) أيا كانت مساحته أو قيمته •

ولا يكفى لاختصاص محكمة محل العقار أن تتعلق الدعوى بعقار ، بل يجب أن تتعلق بحق عينى على عقار (مادة ١/٥٠) (١) • ولهذا لا تخضع لهذه القاعدة دعوى المطالبة بأجرة عقار أو دعوى بطلان أو فسخ أو صورية عقد بيع عقار (٢) ، أو دعوى المستأجر بالزام المؤجر بتسليمه العقار المؤجر •

١٦٨ — ٢ — الدعاوى الجزئية التى ترفع على الشخص الاعتبارى العام : اذا رفعت دعوى جزئية على الحكومة أو احدى وحدات الادارة العامة كالمحافظة أواحدى الهيئات العامة،فان المحكمة المختصةمحليا ليست هى المحكمة الجزئية المختصة وفقا للقاعدة العامة ، بل هى المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة (مادة ٥١) • وعلى هذا اذا رفعت دعوى جزئية شخصية على مجلس مدينة منيا القمح ، فان المحكمة المختصة هى محكمة بندر الزقازيق الجزئية • وعلة هذه القاعدة هو تيسير العمل على من يتولى أمر الدفاع عن الشخص الاعتبارى العام بتركيز الدعاوى الجزئية التى ترفع عليه — فى نطاق محافظة معينة — فى محكمة جزئية واحدة تقع فى عاصمة المحافظة (٣) • وينطبق النص على الدعاوى الجزئية دون الدعاوى الابتدائية ، اذ لا توجد منها فى دائرة المحافظة — باستثناء محافظة القاهرة — سوى محكمة واحدة •

وتنطبق هذه القاعدة الخاصة سواء رفعت الدعوى الجزئية على الشخص الاعتبارى العام ، وحده أم رفعت عليه مع آخرين • ففى هذه الحالة يمكن اختصام المدعى عليهم جميعا أمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها مقر المحافظة (٤) •

---

(١) انظر : دونوفريو — تعليق جزء أول بند ٦ ص ٥٣ .
(٢) كوستا : بند ١٠٩ ص ١٣٦ .
(٣) دونوفريو : جزء أول بند ٧٥ ص ٦٨ .
(٤) المنصورة الابتدائية ٢١ يونيو ١٩٣١ — المحاماة ١٢ — ٨٨٥ — ٤٣٧ .

على أن هذه القاعدة لا تنطبق اذا كان الشخص الاعتبارى هو المدعى ، لصراحة النص ولأن مصلحة المدعى عليه أولى بالرعاية (١) • ومن ناحية أخرى لاتنطبق القاعدة عند ادخال الشخص الاعتبارى فى خصومة قائمة أو رفع دعوى فرعية عليه فى الخصومة التى بدأها أو اذا تدخل فى خصومة قائمة • فيتم ادخاله أو رفع الدعوى الفرعية ضده أو تدخله أمام المحكمة التى تنظر الدعوى الاصلية ، وقد تكون محكمة جزئية غير التى تقررها تلك القاعدة (٢) •

كذلك لاتنطبق القاعدة على الدعاوى التى تختص بها محكمة معينة بسبب وظيفتها • فهذه تبقى من اختصاص هذه المحكمة ، ولو كان غير تلك المختصة وفقا لتلك القاعدة • ولهذا فالتظلم من أمر أداء يقدم الى القاضى الجزئى مصدر الامر أيا كان هذا القاضى ولو كان التظلم مرفوعا ضد الحكومة • وكذلك الامر بالنسبة لاختصاص المحكمة التى أصدرت الحكم بطلب تفسيره (٣) •

ووفقا للمادة ٥١ مرافعات تطبق القاعدة الخاصة « مع مراعاة القواعد المتقدمة » • وهذه هى التى تنص عليها المادتان ٤٩ و ٥٠ مرافعات • وأهمها قاعدة أنه اذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم ، وقاعدة أنه بالنسبة للدعوى العينية العقارية يكون الاختصاص لمحكمة موقع العقار • وقد اختلف الفقه حول تفسير هذا النص ، والرأى الذى نرجحه (٤) أن المقصود أن تراعى قاعدة المادة ٥١ بعد مراعاة القواعد المتقدمة • ونتيجة لهذا فانه لتحديد المحكمة الجزئية المختصة يجب القيام بعمليتين : الأولى : تطبيق القواعد المتقدمة لتحديد أى محكمة

(١) كوستا : بند ١٠٣ ص ١٣٢ . العشماوى : جزء أول بند ٣٧٩ ص ٤٨٩ .
(٢) قنا الكلية ٢٣ أكتوبر ١٩٣٤ — المحاماة ١٦ — ١٨٤ — ٨٢ .. احمد مسلم : بند ٢٥٢ ص ٢٧٦ . أبو الوفا : بند ٣٣٨ ص ٤٥٤ .
(٣) قنا الكلية : ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣ — مشار اليه .
(٤) من هذا الرأى : كيوفندا — نظم جزء ثان بند ٢٠٣ ص ١٩٧ . دونو فريو : جزء أول بند ٧٣ ص ٥٩ . كوستا : بند ١٠٣ ص ١٣٠ — ١٣١ أبو الوفا : بند ٣٣ ص ٤٥ . جميعى : ص ٩٠ . عكس هذا أحمد مسلم : بند ٢٥٢ ص ٢٧٤ . ابراهيم سعد : ص ٤٨٣ .

جزئية مختصة وفقا لها . الثانية : تطبيق المادة ٥١ لتحديد المحكمة المختصة بالدعوى . وهكذا اذا رفعت دعوى عينية عقارية جزئية ضد محافظة القاهرة بشأن عقار يقع فى مدينة بلبيس ، فاننا نحدد أولا المحكمة المختصة وفقه « للقواعد المتقدمة » ، فتكون محكمة بلبيس الجزئية . ثم نطبق المادة ٥١ فتكون المحكمة المختصة بالدعوى لا محكمة بلبيس الجزئية ، ولكن المحكمة الجزئية التى بها مقر المحافظة أى محكمة بندر الزقازيق الجزئية(١).

١٦٩ — ٣ — الدعاوى المتعلقة بالشركات او الجمعيات او المؤسسات الخاصة : تنص المادة ٥٢ مرافعات على أن الدعاوى التى ترفع على الشركات والجمعيات القائمة أو التى فى دور التصفية أو المؤسسات الخاصة تختص بها محكمة المركز الرئيسى لادارتها . وليس فى هذا خروج عن القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى(٢). ولكن المادة ٥٢ تتضمن خروجا على هذه القاعدة فيما تنص عليه من اختصاص محكمة مركز الادارة الرئيسى بالنسبة لكل من:

(أ) الدعوى التى ترفعها الشركة أو الجمعية أو المؤسسة على أحد الشركاء أو الأعضاء .

(ب) الدعوى التى يرفعها شريك أو عضو على شريك أو عضو آخر . فلو طبقت القاعدة العامة لوجب أن تختص بأى من هاتين الدعويين محكمة موطن المدعى عليه ، وهو الشريك أو العضو .

وعلة هذه القاعدة الخاصة هى أن هذه الدعاوى قد تتطلب الاطلاع على المستندات الموجودة فى مركز الشركة أوالجمعية أو المؤسسة مما يجعل من المحكمة التى يتبعها هذا المركز أقدر المحاكم على نظرها لقربها منه .

---

(١) ونفس الأمر اذا رفعت الدعوى الجزئية ضد شخص اعتبارى عام وشخص خاص ، واختار المدعى — وفقا للمادة ٣/٤٩ — رفع الدعوى أمام محكمة هذا الاخير ، فعندئذ اذا فرض ان موطن هذا الاخير مدينة بلبيس ومركز الشخص الاعتبارى العام هو مدينة القاهرة ، فان المحكمة المختصة لا تكون محكمة بلبيس الجزئية ولكن محكمة بندر الزقازيق الجزئية .

(٢) رمزى سيف : بند ٢٥٤ ص ٣٠١

ويستوى بالنسبة للشركة أن تكون شركة مدنية أو تجارية (١) .

ويجب لتطبيق هذه القاعدة الخاصة :

١ — أن تكون الدعوى هى احدى الدعاوى المشار اليها فى المادة ٥٢ . ولهذا لاتنطبق على الدعوى التى ترفعها الشركة أو الجمعية أو المؤسسة أو التى يرفعها شريك أو عضو ضد شخص من الغير ليس شريكا أو عضوا (٢) ، أو الدعوى التى يرفعها شخص من الغير ضد شريك أو عضو .

٢ — أن تكون الدعوى متعلقة بالشركة أو الجمعية أو المؤسسة . وهذا يقتضى من ناحية أن توجد الشركة (أو الجمعية أو المؤسسة) ولو كان هذا الوجود من الناحية الفعلية ، وأن تتعلق الدعوى بها سواء تعلقت بوجودها أو بأعمالها أو بأموالها أو بادارتها . ومثالها دعوى بطلان الشركة أو فسخها أو دعوى حل الجمعية ، أو الدعاوى المتعلقة بتنفيذ عقود أبرمتها ، أو دعاوى قسمة أموالها . وتتعلق الدعوى أيضا بالشركة أو الجمعية أو المؤسسة اذا تعلقت بأعمال تصفيتها أو قسمة أموالها بعد التصفية (٣) ، أما اذا تمت التصفية نهائيا فان أية دعوى لا يمكن أن تكون متعلقة بالشركة أو الجمعية أو المؤسسة (٤) . وتطبيقا لهذا الشرط لاتنطبق القاعدة الخاصة بالنسبة لدعوى الشريك ضد شريك آخر لتنفيذ عقد خاص بينهما .

٣ — أن تكون للشركة أو الجمعية أو المؤسسة مركز ادارة . فان لم يكن لها مركز ادارة كما هو الحال بالنسبة لشركة المحاصة ، فان النص لا يمكن أن ينطبق ، اذ تنعدم الواقعة التى حدد المشرع على أساسها المحكمة المختصة (٥) .

---

(١) العشماوى : جزء أول بند ٣٨٠ ص ٤٩٨ .
(٢) كوستا : بند ١١٠ ص ١٣٧ .
(٣) كيوفندا : جزء ثان بند ٢٠١ ص ١٩٥ .
(٤) فنسان : بند ٢٨٧ ص ٣٦٤ .
(٥) دونوفريو : تعليق — جزء أول بند ٦٨ ص ٥٧ .

١٧٩ — ٤ — بعض الدعاوى المتعلقة بالتركة : وفقا للمادة ٥٣ مرافعات، الدعاوى المتعلقة بالتركات التى ترفع قبل قسمة التركة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض لاتكون من اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بل من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث • فاذا لم يكن للمورث موطن،كان الاختصاص لمحكمة آخر محل لاقامته (١) • وان كان له أكثر من موطن ، أو لم يكن له موطن وكان له أكثر من محل اقامة ، فالاختصاص للمحكمة التى يتبعها الموطن أو محل الاقامة الذى افتتحت فيه التركة • وعلة هذه القاعدة الخاصة أن من المصلحة تجميع الدعاوى المتصلة بتركة واحدة أمام محكمة واحدة • وأقدر المحاكم على الفصل فيها جميعا هى المحكمة التى يتبعها محل افتتاح التركة لما قد تقتضيه قسمة التركة أو تصفية ديونها من تقدير قيمة أموال التركة أو تكوين حصص •• الخ(٢)، والتركة تفتتح فى آخر موطن للمورث •

على أنه يشترط لتطبيق هذه القاعدة الخاصة :

(أ) أن تكون الدعوى مرفوعة من الدائن أو من بعض الورثة على بعض • ومثالها الدعوى التى يرفعها الدائن على الورثة بطلب دين له على المورث (٣) ، والدعوى التى يرفعها الوارث بطلب نصيبه المورث • ويقصد بالوارث ليس فقط الوارث القانونى ، بل أيضا الموصى له بجزء غير معين من التركة (٤) • فاذا كانت الدعوى غير ما ذكر النص فلا تنطبق القاعدة الخاصة • ولهذا لا تنطبق على الدعوى التى يرفعها الورثة ضد الغير للمطالبة بدين التركة أو للمطالبة بمال من أموالها ، أو على الدعوى التى يرفعها هؤلاء الورثة ببطلان الوصية (٥) •

(١) دونوفريو : جزء أول بند ٦٥ ص ٥١
(٢) فنسان : بند ٢٨٦ ص ٣٦٣ .
(٣) ولو كان الوارث واحدا انظر : كيوفندا — نظم جزء ثان بند ٢٠٠ ص ١٩٣ . عكس هذا — ابراهيم سعد ص ٤٩٠ .
(٤) موريل : بند ٢٦٣ مكرر ص ٢٢٤ — ٢٢٥ .
(٥) كما لا تنطبق على دعوى ثبوت الارث ، اذ هذه القاعدة تفترض عدم المنازعة فى حق الارث ، وانما يكون الاختصاص المحلى بدعوى ثبوت =

(ب) أن تكون الدعوى متعلقة بالتركة . ولهذا لا تنطبق القاعدة على دعوى الوارث ضد وارث آخر بشأن دين خاص بينهما .

(جـ) أن ترفع الدعوى قبل انتهاء قسمة التركة . فاذا رفعت بعد ذلك لم تطبق القاعدة الخاصة لانتفاء علتها . على أنه يجب لاستبعاد اختصاص محكمة محل افتتاح التركة أن تكون القسمة قد أصبحت نهائية غير قابلة للطعن . ولهذا فان هذه المحكمة تكون مختصة بدعوى ابطال القسمة ولو رفعت بعد انتهاء اجراءاتها (١) .

واذا توافرت هذه الشروط ، فان القاعدة الخاصة تنطبق ، ولو كانت الدعوى متعلقة بحق عينى على عقار (٢) ، (٣) .

١٧١ — ٥ — دعوى شهر الافلاس والدعاوى الناشئة عنه :

وفقا للمادة ١٠٧ تجارى ، المحكمة المختصة بشهر الافلاس هى المحكمة الابتدائية التى يقع محل التاجر فى دائرة اختصاصها وليس محكمة موطنه . فاذا تعددت محاله التجارية ، فالمحكمة المختصة هى المحكمة الابتدائية التى يتبعها المركز الرئيسى لاعماله التجارية (٤) . وعلة هذه القاعدة الخاصةهى أن هناك — وفقا للقانون التجارى — اجراءات يجب القيام بها عقب الحكم

= الارث حسب ما اذا كانت الدعوى بين اجانب أو مصريين : فى الحالة الأولى ، يكون الاختصاص لرئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها محل افتتاح التركة (مادة ٩٣٤ مرافعات مجموعة سنة ١٩٤٩) . أما بين المصريين ، فوفقا للمادة ٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، يكون الاختصاص لمحكمة محل اقامة المدعى عليه او المحكمة التى تقع أعيان التركة أو الجزء الاكبر منها فى دائرتها ، والخيار للمدعى .

(١) موريل : الاشارة السابقة . فنسان : الاشارة السابقة .

(٢) كوستا : بند ١١٦ ص ١٣٧ .

(٣) على أنه يلاحظ أن هذه القاعدة الخاصة لا تنطبق الا على الدعاوى الموضوعية . أما الدعوى الوقتية التى ترمى الى مساعدة هذه الدعاوى ، فانها تخضع للقاعدة الخاصة بالدعوى الوقتية ، ذلك أنها لا تمس الموضوع فلا ضرورة لرفعها حيث افتتحت التركة .

(٤) ولا يعد محلا للتاجر مخزن ليس له به غير منقولات وبضائع زهيدة الثمن ، لم يتخذ منه التاجر محلا للأتجار وليس فيه المركز الرئيسى لأعماله . (مصر الكلية ١٣ مارس ١٩٣٩ — المحاماة ٢٠ — ٣٢٥ — ١٢٤) .

بشهر الافلاس من جانب القاضى المنتدب مأمورا للتفليسة ومن جانب وكيل الدائنين (السنديك) يتعذر أداؤها فى غير ذلك المحل .

والى جانب قاعدة الاختصاص المحلى هذه ، تضيف المادة ٥٤ مرافعات قاعدة خاصة أخرى تقضى بأنه « فى مسائل الافلاس يكون الاختصاص للمحكمة التى قضت به » . فالمحكمة التى حكمت بشهر افلاس التاجر هى التى يجب أن تنظر كل مسائله . ذلك أن من المناسب تجميع هذه المسائل أمام محكمة واحدة تيسيرا للفصل فيها ومنعا لتضارب الاحكام . ولاشك أن المحكمة التى بحثت الافلاس وشهرته هى أقدر المحاكم على الفصل فى مسائله ، اذ هى قد بحثت ظروف المدين المفلس (١) . والمقصود بالدعاوى الناشئة عن الافلاس تلك الدعاوى المتعلقة بادارة التفليسة أو التى يتطلب الفصل فيها تطبيق قاعدة من قواعد الافلاس (٢) . وذلك سواء رفعت من السنديك أو الدائن أو الغير ، أو رفعت عليهم (٣) . ومثالها دعوى الدائن المفلس على السنديك للمطالبة بدينه . أو دعوى السنديك على الغير بعدم نفاذ تصرف للمدين فى فترة الريبة . فاذا لم تكن من الدعاوى الناشئة عن الافلاس لم تنطبق القاعدة الخاصة . ومن هذه : الدعوى التى يرفعها السنديك على الغير يطلب فيها الحكم ببطلان تصرف للمدين لسبب لايتعلق بالافلاس كالبطلان لعدم مشروعية السبب .

ولان اختصاص المحكمة التى شهرت الافلاس بالدعاوى الناشئة عنه يعتبر اختصاصا متعلقا بوظيفة المحكمة ، فانها تكون مختصة بهذه الدعاوى بصرف النظر عن أية قاعدة خاصة أخرى . ولهذا فهى تختص — دون غيرها — بهذه الدعاوى ولو كانت دعاوى وقتية (٤) أو كانت متعلقة بحق عينى عقارى (٥) .

---

(١) موريل : بند ٢٦٧ ص ٢٢٩ . فنسان : بند ٢٩٠ ص ٣٦٧ .
(٢) استئناف القاهرة ٢٢ أبريل ١٩٦٣ — المجموعة الرسمية ٦١ — ٣٧٨ — ٤١ . العشماوى : جزء اول بند ٣٩٤ ص ٥٠٦ .
(٣) احمد مسلم : بند ٢٥٥ ص ٢٨٠ .
(٤) مصر الابتدائية : مستعجل — ١٣ يونيو ١٩٣٨ — المحاماة ١٩ — ٢٧٦ — ٢٢٢ .
(٥) استئناف القاهرة ١٩٦١/١١/١٤ — المجموعة الرسمية ٦٠ — ٩٢ — ١٤ .

ثالثا : اختصاص محكمة اخرى الى جانب القاعدة العامة :

ينص القانون أحيانا على اختصاص أكثر من محكمة بالدعوى الواحدة . وليس معنى ذلك امكان رفع الدعوى أمام محكمتين فى نفس الوقت . ولكن معناه امكان رفع الدعوى أمام أى منهما . ويكون الخيار للمدعى ، فالى جانب امكان رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه تطبيقا للقاعدة العامة ، يمكن رفعها أمام محكمة أخرى يحددها القانون :

١٧٢ ـ ١ ـ محكمة الموطن الخاص او الموطن المختار او الفرع :

(أ) اذا كان للمدعى عليه موطن خاص لمباشرة تجارة أو حرفة أو مهنة معينة (٤١ مدنى) ، يقع فى دائرة محكمة غير المحكمة التى يتبعها موطنه الاصلى ، فان للمدعى الخيار فى أن يرفع الدعوى المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة أو المهنة أمام أى من المحكمتين .

(ب) وفقا للمادة ٤٣/٢ مدنى يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين . ويكون هذا الموطن المختار « هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى » (١) . وهو ما يفهم منه أن مؤدى هذا الاختيار أن تكون المحكمة المختصة بالدعوى المتعلقة بهذا العمل هى المحكمة التى يتبعها هذا الموطن (٢) . ووفقا للمادة ٦٢ مرافعات « اذا اتفق على اختصاص محكمة معينة يكون الاختصاص لهذه المحكمة أو للمحكة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه » . ولما كان اختيار موطن للتنفيذ يعتبر اتفاقا ضمنيا على اختصاص المحكمة التى يتبعها هذا الموطن (٣) فيحكمه ما تنص عليه المادة ٦٢ مرافعات جديدة بصفة عامة بالنسبة للاتفاق على اختصاص محلى لمحكمة معينة . ويكون للمدعى

---

(١) « .. الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على اعمال دون أخرى » (٣ /٢ مدنى) .

(٢) وقد حكم بأنه اذا اتخذ موطن تجارى موطنا مختارا لتنفيذ عمل قانونى ، فان تغيير الموطن التجارى لا يترتب عليه تغيير الموطن المختار لهذا العمل . (نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧١ ـ مجموعة النقض ٢٢ ـ ١٠٧١ ـ ١٨٠) .

(٣) السنبلاوين الجزئية ٢٣ ابريل ١٩٣٣ ـ المحاماة ١٥ ـ ٢ ـ ٥١ ـ ٢٢ .

رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة الموطن المختار . وذلك سواء تعلق الامر بدعوى لتنفيذ العقد ، أو بدعوى الفسخ لعدم التنفيذ (١) .

(جـ) اذا كان المدعى عليه شخصا معنويا وكانت له عدة فروع ، فان كل فرع (٢) من هذه الفروع يعتبر موطنا مختارا له بالنسبة لنشاط هذا الفرع . ولهذا فانه يمكن رفع الدعوى على الشخص المعنوى بخصوص نشاط فرع معين اما أمام المحكمة التى يتبعها مركز الادارة الرئيسى (باعتباره موطنا أصليا) أو أمام المحكمة التى يتبعها هذا الفرع (باعتباره موطنا مختارا للشخص المعنوى) . (انظر المادة ٢/٥٢) .

١٧٣ — ٢ — الدعاوى الشخصية العقارية والدعاوى المختلطة : وفقا للمادة ٢/٥٠ يكون الاختصاص بالدعاوى الشخصية العقارية للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعى عليه (٣) . ويقيس الفقه عليها الدعاوى المختلطة (٤) .

١٧٤ — ٣ — الدعاوى التجارية : للمدعى فى الدعاوى التجارية الخيار بين ثلاثة محاكم (مادة ٥٥) . وعلة هذا الخيار هو تيسير الأمر للمدعى (٥) . وهو خيار مقرر فقط بالنسبة للدعاوى التجارية (٦) . فاذا كان العمل مختلطا ، فان المادة تنطبق اذا كان يعتبر تجاريا بالنسبة للمدعى عليه (٧) . والعبرة بطبيعة العمل ولو كان المدعى عليه من غير التجار (٨) ، وسواء

---

(١) كوستا : بند ١٠٨ ص ١٣٥ .

(٢) والمقصود بالفرع الوكيل الذى يعتمده الشخص المعنوى فى مكان ما لكى يمثله وتكون له سلطة التعاقد مع الغير نيابة عنه . (فنسان : بند ٢٨٧ ص ٣٦٤) .

(٣) موريل : بند ٢٦٤ ص ٢٢٦

(٤) رمزى سيف : بند ٢٥٣ ص ٢٩٧ .

(٥) فنسان : بند ٢٩٦ ص ٣٧٥ .

(٦) شبين الكلية ٢٩ مايو ١٩٣٣ — المحاماة ١٤ — ٢ — ١٦٧ — ١٨٦ .

(٧) الزقازيق الكلية : ٢٥ نوفمبر ١٩٣٥ — المحاماة ١١ — ٥٣٣ — ٢٧٣ .

(٨) احمد مسلم : بند ٢٥٤ ص ٢٧٨ .

كانت الدعوى من اختصاص محكمة مدنية أو تجارية (١) • على أن الأمر يقتصر على الدعاوى المتعلقة باتفاق ، أى بعقد • فلا ينطبق اذا لم يتعلق بعقد (٢) • ويستوى أن يكون العقد عقد بيع أو أى عقد آخر • كمايستوى أن تكون الدعوى دعوى تقريرية ، أو دعوى الزام ، أو دعوى منشئة • فينطبق الخيار على دعوى تقرير صحة العقد أو بطلانه ، أو دعوى المطالبة بتنفيذ أحد الالتزامات الواردة فيه أو المطالبة بالتنفيذ بمقابل أو دعوى فسخ العقد (٣) • هذا ولو كانت الدعوى متعلقة بعقار (٤) •

ونص المادة ٥٥ يعطى للمدعى الخيار بين :

١ ـ محكمة المدعى عليه : ويمكن عندئذ رفع الدعوى أمام محكمة الموطن الخاص بالتجارة وفقا للمادة ٤١ مدنى سالفة الذكر (٥) •

٢ ـ المحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها ، وهو ما يفترض أن يكون الاتفاق والتنفيذ قد حدثا فى دائرة نفس المحكمة • فمحل الاتفاق وحده أو محل التنفيذ وحده لا يكفى • ويقصد بمحل الاتفاق المحل الذى تم فيه الاتفاق نهائيا فلا يكفى المحل الذى حصلت فيه المفاوضات التمهيدية للاتفاق (٦) • ويرجع فى تحديد محل العقد الى القواعد المقررة فى القانون المدنى (٧) • واذا تعددت الالتزامات ، فيكفى أن يتم تنفيذ احداها فى دائرة محكمة محل ابرام العقد لتختص محكمة هذا المحل •

---

(١) ابو الوفا : ص ٤٥٨ حاشية (١) .

(٢) كما لو نشأ الالتزام عن عمل غير مشروع . (فنسان : بند ٢٩٧ ص ٣٧٦ . العشماوى : جزء أول ص ٥١٢ حاشية ٣) .

(٣) كوستا : بند ١٠٨ ص ١٣٥ .

(٤) على ان النص لا ينطبق على الدعوى المتعلقة بحق عينى عقارى اذ هذه تخضع لمحكمة موقع العقار (دونوفريو) : جزء اول بند ٥٨ ص ٤٨) .

(٥) احمد مسلم : بند ٢٥٤ ص ٢٧٨ .

(٦) مصر التجارية الجزئية ٢ ابريل ١٤٠ ـ المحاماة ٢٠ ـ ٩٩٣ ـ ٤٠٨ .

(٧) دونوفريو : جزء اول بند ٦١ ص ٤٩ .

٣ ــ المحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها ، أى التى يتبعها المحل الذى أتفق على الوفاء فيه بالالتزام (١) ، سواء تم التنفيذ أم لم يتم وسواء كان محل الالتزام مبلغا من النقود أم لا . ويكفى هذا المحل ولو كان غير المحل الذى تم فيه العقد . فاذا تضمن الاتفاق أكثر من التزام اتفق على تنفيذ كل منها فى محل يتبع محكمة مختلفة ، فالاختصاص يكون لكل منها (٢) ، بالنظر الى الدعوى المتعلقة بالالتزام المتفق على تنفيذه فى دائرتها (٣) . واذا كانت الدعوى بطلب التنفيذ بمقابل ، فالعبرة بالمكان الذى يجب الوفاء فيه بالالتزام الأصلى ، وليس بالمكان الذى يجب أن يكون فيه التنفيذ بمقابل .

١٧٥ ــ ٤ ــ الدعاوى المتعلقة بالتوريدات والمقاولات الخاصة (٤) . واجرة المساكن واجور العمال والصناع والاجراء : وفقا للمادة ٥٥ يكون للمدعى الخيار بالنسبة لهذه الدعاوى بين محكمتين :

١ ــ محكمة موطن المدعى عليه .

٢ ــ محكمة موطن المدعى بشرط أن يكون الاتفاق الذى تتعلق به الدعوى قد تم أو نفذ فى دائرة هذه المحكمة . ويكفى لاختصاص محكمة المدعى تمام الاتفاق أو تنفيذه فى دائرتها ، فلا يشترط توافر الأمرين فى نفس المحل . ومن ناحية أخرى ، اذا لم يتم الاتفاق فى دائرة محكمة المدعى ، فلا يكفى لاختصاصها أن تكون المحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها مادام هذا التنفيذ لم يتم . ويصدق هنا ما سبق بيانه فى البند السابق حول معنى تمام الاتفاق أو التنفيذ . وعلة هذا النص هو مواجهة

---

(١) موريل : بند ٢٦٧ ص ٢٢٩ .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٦٠ ص ٤٨ .

(٣) فاذا اتفق على دفع الثمن فى مكان وعلى تسليم البضاعة فى مكان آخر ، ورفعت الدعوى للمطالبة بدفع الثمن كان الاختصاص لمحكمة المكان الأول دون محكمة المكان الثانى . (دونوفريو : جزء أول ــ الاشارة السابقة) .

(٤) فلا ينطبق النص على التوريدات والمقاولات العامة (المذكرة الايضاحية لمشروع المجموعة الجديدة) .

وضع الغرباء الذين تقدم لهم خدمات من موردى المأكل أو الملبس أو من صغار المقاولين كالسباك أو الكهربائى أو من العمال أو الأجراء أو من أصحاب المساكن ، ثم يغادرون المكان عائدين الى بلادهم التى قد تكون بعيدة . فيكون من غير العدالة الزام من قدم لهم تلك الخدمات برفع الدعاوى المتعلقة بها أمام محكمة موطن المدعى عليه (١) ، خاصة أن قيمة الدعاوى تكون عادة ضئيلة (٢) . على أن هذه العلة لاتقيد النص فينطبق على الدعاوى الواردة به أيا كان المبلغ المطالب به ، أو الظروف التى يتم فيها الاتفاق (٣) . ولأن الأمر يتعلق بقاعدة خاصة بدعاوى معينة ، فلا يمتد النص الى غيرها . وتطبيقا لهذا من المقرر أن اختصاص محكمة موطن المدعى بدعاوى الأجور يقتصر على الدعاوى التى يكون موضوعها المطالبة بالأجر دون تلك التى تتعلق بالمعاش أو المكافأة (٤) .

١٧٦ — ٥ — الدعاوى المتعلقة بالنفقات : مراعاة لصالح المدعى المحتاج الى النفقة ورغبة فى عدم تحميله مشقة الانتقال الى محكمة موطن المدعى عليه اذا كانت بعيدة عن موطنه ، تنص المادة ٥٧ مرافعات على أن « الدعاوى المتعلقة بالنفقات » تختص بها اما محكمة موطن المدعى عليه واما محكمة موطن المدعى ، وذلك حسب اختيار المدعى . ويشمل اصطلاح النفقات كلا من النفقة الوقتية كنفقة الدائن التى يطلبها من مدينه الى حين الفصل فى دعوى الدين ، والنفقة المقررة قانونا للاقارب أو الأزواج . ويستوى فى النفقة المقررة أن يكون هناك اتفاق عليها أم لا (٥) . على أنه مراعاة

(١) فنسان : بند ٢٩١ ص ٣٧٠ عبد الباسط جميعى : ص ٨٤ .

(٢) العشماوى : جزء اول بند ٤٠٠ ص ٥١٥ . رمزى سيف : بند ٢٥٨ ص ٣٠٧

(٣) موريل : بند ٢٦٤ ص ٢٢٧ . فنسان : الاشارة السابقة .

(٤) أنظر بصدد الاختصاص النوعى : محكمة المنيا الابتدائية ٢٧ نوفمبر ١٩٦٠ — المجموعة الرسمية ٦٠ — ٣٨٤ — ٤٨ .

(٥) كما يستوى ان تكون النفقة المقررة بين اجانب او بين مصريين أيا كانت ديانتهم او طائفتهم . ذلك ان نفقات المصريين التى كانت تخضع الدعاوى المتعلقة بها لاختصاص المحاكم الشرعية او المجالس الملية تحكمها المادة ٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى تنص على اختصاص =

للهدف من النص ، من المقرر أن الدعوى التى تخضع لهذه القاعدة الخاصة فى الاختصاص ، هى الدعوى التى يرفعها مستحق النفقة كالدعوى بطلب تقرير النفقة أو تقديرها أو زيادتها . أما الدعوى التى ترفع عليه ممن تجب عليه النفقة كدعوى اسقاط النفقة أو انقاصها ، فتخضع للقاعدة العامة فى الاختصاص المحلى (١) .

١٧٧ — ٦ — دعوى المطالبة بقيمة التامين : اذا كان هناك تأمين أيا كان نوعه ، وتحقق الخطر المؤمن منه فاستحق المستأمن مبلغ التأمين ، فان المحكمة المختصة بدعوى المطالبة بهذا المبلغ هى — وفقا للمادة ٥٨ مرافعات — اما محكمة موطن المدعى أو المحكمة التى يقع فى دائرتها مكان المال المؤمن عليه . والخيار للمدعى . أما محكمة موطن المدعى فعلة اختصاصها هى مراعاة جانبه باعتباره الشخص الضعيف الذى أصابه الخطر المؤمن منه . أما علة اختصاص محكمة مكان المال المؤمن عليه فهى أنها أقدر من غيرها على نظر الدعوى لما يقتضيه هذا النظر من سماع أو اجراء معاينة (٢) . ومن المقرر أن هذا النص لايمنع من اختصاص محكمة موطن المدعى عليه وفقا للقاعدة العامة (٣) . ويلاحظ أن اختصاص محكمة مكان المال يفترض أن التأمين على مال ، أما بالنسبة للتأمين على الحياة فيكون الاختصاص اما لمحكمة المدعى أو لمحكمة المدعى عليه . وعندما يكون التأمين على مال ، تكون محكمة مكانه مختصة سواء كان المال عقارا أو منقولا . ويقتصر تطبيق المادة ٥٨ على دعوى المطالبة بقيمة التأمين (٤) دون الدعاوى الأخرى التى قد يرفعها المستأمن ضد شركة

محكمة المدعى أو المدعى عليه بالنسبة لنفقة الأم والزوجة والحاضنة . أما بالنسبة لنفقة غير هؤلاء من المصريين ، فتطبق المادة ٥٧ مرافعات اعمالا للمادة ٥ من قانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ لعدم وجود نص فى اللائحة ينطبق عليها . والقاعدة فى النصين واحدة . (جميل الشرقاوى : ص ٢٧ — ١٢٨ رمزى سيف : بند ٢٦ ص ٣٠٨) .

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع المجموعة الجديدة .

(٢) سوليس وبيرو : محاضرات ص ٣٤٨ — ٣٤٩ .

(٣) جميل الشرقاوى : ص ١٢٠ . العشماوى : جزء أول بند ٤٠٢ ص ٥١٧ .

(٤) ابو الوفا : ص ٤٦١ حاشية ١ .

التأمين ، أو تلك التى ترفعها الشركة عليه . فهذه وتلك يتحدد الاختصاص بها وفقا للقاعدة العامة .

١٧٨ — ٧ — **الدعاوى الوقتية** : يتنوع الاختصاص المحلى بالدعوى الوقتية على النحو التالى :

(ا) اذا رفعت الدعوى الوقتية كدعوى فرعية تبعا لدعوى موضوعية ، كانت المحكمة المختصة بالدعوى الموضوعية — أيا كان أساس اختصاصها — مختصة أيضا بالدعوى الوقتية .

(ب) اذا رفعت الدعوى الوقتية كدعوى أصلية فانه يجب التفرقة بين نوعين منها :

١ — الدعاوى المتعلقة بالتنفيذ . وهذه تختص بها المحكمة التى تختص باجراء التنفيذ التى ترفع الدعوى الوقتية متعلقة به (١) . واختصاص محكمة التنفيذ بمنازعاته يعتبر اختصاصا متصلا بوظيفة المحكمة (٢) . ولذلك فهى تختص بها دون غيرها من المحاكم ، فلا تختص بها محكمة موطن المدعى عليه (٣) .

٢ — الدعاوى الوقتية غير المتعلقة بالتنفيذ ، ومثالها دعوى اثبات الحالة . وهذه يكون للمدعى الخيار بين رفعها اما وفقا للقاعدة العامة أمام المحكمة التى يتبعها موطن المدعى عليه ، واما أمام المحكمة المطلوب حصول الاجراء الوقتى فى دائرتها (مادة ٥٩) . وجعل الاختصاص لهذه المحكمة يدعو اليه أن الاجراء المطلوب لا يمكن أن يتم بالسرعة المطلوبة الا من المحكمة القريبة من المكان المطلوب اتخاذه فيه .

---

(١) والمحكمة المختصة باجراء التنفيذ تختلف حسب طريق التنفيذ : فهى بالنسبة لحجز المنقول لدى المدين المحكمة التى يقع المنقول فى دائرتها ، وبالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير محكمة موطن المحجوز لديه ، وبالنسبة للتنفيذ على العقار المحكمة التى يقع العقار او جزء منه فى دائرتها . انظر المادة ٢٨٦ مرافعات ، وفى شرحها : التنفيذ الجبرى — للمؤلف — بند ٧٨ .

(٢) انظر فى هذا : التنفيذ الجبرى — للمؤلف — بند ٣٤١ .

(٣) راتب : الجزء الاول بند ٤١٢ ص ٧٠١ .

الفصل الرابع

وحدة الخصومة واثرها على قواعد الاختصاص

١٧٩ ـ فكرة الارتباط كاساس لوحدة الخصومة : اذا قام ارتباط بين دعويين ، فان المشرع يحرص على جمعهما لكى يعرضا على القضاء فى خصومة واحدة • ويرجع هذا الحرص الى الرغبة فى اقتصاد النفقات وتوفير الاجراءات وتلافى صدور أحكام متناقضة أو يصعب التوفيق بينها (١) •

ولا شك فى وجود ارتباط بين دعويين اذا كان عنصر السبب أو عنصر المحل فيهما واحدا ، أو اذا كان كلا العنصرين مشتركا • ولهذا ، فانه اذا باع شخص شيئا الى شخصين ، فان دعواه بالثمن ضد أحدهما تعتبر مرتبطة بدعواه بالثمن ضد الآخر ، اذ السبب واحد • أما وحدة المحل ، فلا يشترط لتحقيق الارتباط على أساسها وحدة الحماية القضائية المطلوبة ، بل تكفى وحدة المال المطلوب حمايته • ولهذا يوجد ارتباط بين دعوى الحيازة ودعوى التعويض عن الاعتداء على الحيازة • أما وحدة المحل والسبب فمثالها دعوى الدائن ضد مدينه ودعواه ضد مدين آخر متضامن مع الأول • ومن ناحية أخرى ، يوجد ارتباط بين دعويين اذا كان نظرهما منفصلين قد يؤدى الى احتمال صدور حكمين متعارضين • ولهذا حكم بأنه يوجد ارتباط بين دعوى التعويض التى يرفعها قائد سيارة على قائد سيارة أخرى تصادم معها ، ودعوى التعويض التى يرفعها هذا الأخير على الأول بزعم أنه هو المسئول عن الحادث (٢) • وبصفة عامة يوجد ارتباط كلما كان الحكم فى احدى الدعويين من شأنه التأثير فى الحكم الصادر فى الدعوى الأخرى مما يجعل من حسن ادارة القضاء تحقيقهما والحكم فيهما معا (٣) • ، دون اشتراط

---

(١) دونوفريو : جزء اول بند ٧٨ ص ٦٥ . كوستا : بند ١١٢ ص ١٢٩ .
(٢) انظر : موريل ــ بند ٣٨٣ ص ٣٤٣ .

(٣) فنسان : بند ٧٥٨ مكرر ص ٩٨٦ . مورو : مشار اليه ــ ص ١٢٠ وحاشية ١١٢ .

وحدة المحل أو السبب . ولهذا يوجد ارتباط بين دعوى الاستحقاق التى يرفعها مدعى ملكية مال معين ودعوى الضمان التى يرفعها المدعى عليه فيها باعتباره مشتريا على بائع المال لالزامه بضمان الاستحقاق .

وتقدير وجود ارتباط بين دعويين مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض مادام الحكم قد بنى على أسباب سائغة تكفى لحمله (١) .

١٨٠ — تأثير الارتباط على قواعد الاختصاص : قد تكون المحكمة غير مختصة بدعوى معينة وفقا لقواعد الاختصاص ، ولكنها تصبح مختصة بها اذا اتحدت فى خصومة واحدة مع دعوى أخرى مرتبطة بها (٢) . كما أنها قد تكون مختصة فتصبح غير مختصة . ويبدو هذا التأثير بالنسبة لقواعد الاختصاص المختلفة على النحو التالى :

١ — الاختصاص القيمى : يؤثر الارتباط فى قواعد الاختصاص القيمى من ناحيتين :

(ا) اذا اشتملت القضية على طلبين من نفس الشخص مستندين الى سبب قانونى واحد ، قدرت قيمتها بقيمة الطلبين معا . وهكذا يؤدى الجمع بين طلبين قيمة كل منهما ثلاثمائة وخمسون جنيها أمام القاضى الجزئى الى عدم اختصاصه بهما رغم اختصاصه بكل منهما على انفراد . على أنه يلاحظ أن هذا التأثير يكون للارتباط المبنى على وحدة السبب القانونى دون غيره من صور الارتباط ، كما أنه لا يكون الا بالنسبة للطلبات المقدمة من نفس الخصم .

(ب) اذا لم تجمع قيمة الطلبين رغم ارتباطهما ، لعدم انطباق القاعدة السابقة ، وكان أحد الطلبين يدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية والآخر يدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الابتدائية ، فان من يختص بالأكثر يختص بالأقل . ولهذا فان هذين الطلبين المرتبطين يكونان معا

---

(١) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٤ — ٣٠٧ . جابيو : بند ٦٦٢ ص ٤٠٤ . رمزى سيف : بند ٣٤٠ ص ٤٠٤ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثانى بند ٢٠٤ ص ١٩٧ .

من اختصاص المحكمة الابتدائية ، رغم أن أحدهما — لو نظرته المحكمة على استقلال — لاختصت به المحكمة الجزئية .

٢ — **الاختصاص النوعى** : اذا كان كل طلب من الطلبات المرتبطة يدخل فى الاختصاص النوعى لنفس القاضى ، فلا مشكلة اذ كما يختص بكل منهما على استقلال يختص بهما بعد جمعهما أمامه . ولكن المشكلة تثور اذا كان كل طلب يدخل فى الاختصاص النوعى لمحكمة مختلفة أو كان أحدهما يدخل فى الاختصاص النوعى لمحكمة والآخر فى الاختصاص القيمى لمحكمة أخرى . والقاعدة هنا أن المحكمة الابتدائية باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص العام ، تختص بالطلبات المرتبطة ولو كان أحدها يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية لو رفع على استقلال (١) . وعلى العكس فان المحكمة الجزئية لاتختص بأى طلب — ولو كان مرتبطا بطلب آخر تختص به — مادام يخرج عن اختصاصها النوعى (٢) (انظر المادتين ٤٦ و ٤٧ مرافعات) .

٣ — **الاختصاص المحلى** : يؤدى الارتباط بين دعويين الى امكان نظرهمامن محكمة واحدة ، ولو كانت غير مختصة محليا باحداهما ، وذلك فى صورتين :

(ا) **اختصاص محكمة موطن احد المدعى عليهم** : وفقا للمادة ٣/٤٩ « ... اذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص المحلى للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم » . وتفترض هذه القاعدة أن الأمر يتعلق بصحيفة

---

(١) نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٥٣ — ١٨٣ .

(٢) على أن المحكمة العادية — ابتدائية او جزئية — لا تختص بالطلب المرتبط (ولو رفع اليها كطلب عارض) اذا كان هذا الطلب يدخل فى ولاية محكمة استثنائية . ونفس الأمر بالنسبة للمحاكم الاستثنائية ، فلا ، تختص بطلب مرتبط (ولو رفع فى صورة طلب عارض) اذا كان يخرج عن ولايتها المحددة . انظـر .

Dini (Mario) : La domanda reconvenzionale nel diritto processuale civile, Milano 1954, no. 6 p. 145.

واحدة ، وذلك سواء تعدد المدعى عليهم فى دعوى واحدة ، أو تعددت الدعاوى ضد أشخاص متعددين • وهى قاعدة ذات نطاق واسع فهى تنطبق بالنسبة للأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين(١)،ويعمل بها ولو كان أحد المدعى عليهم أجنبيا موطنه فى الخارج (٢) • على أنه عند تعدد الدعاوى لا يعمل بهذه القاعدة الا اذا كان هناك ارتباط بينها • ويكفى الارتباط البسيط بالمعنى الذى حددناه ، دون حاجة لأن يقوم هذا الارتباط على وحدة المحل أو وحدة السبب أو أن يبلغ حد عدم القابلية للتجزئة (٣) • على أنه يشترط لاعمال هذه القاعدة :

١ — أن يتعدد المدعى عليهم بصفة أصلية • ولهذا لا يعمل بها :

(أ) اذا رفعت الدعوى على شركة وعلى فرع لها ، اذ المدعى عليه هنا شخص واحد هو الشركة • فلا يجوز للمدعى رفع الدعوى أمام محكمة الفرع (٤) •

(ب) اذا رفعت الدعوى على مدعى عليه ، وعلى آخر ليقدم ما لديه من مستندات مفيدة فى الدعوى أو لكى يسمع الحكم فى مواجهته (٥) •

(جـ) اذا رفعت الدعوى على شخص بصفة أصلية ورفعت على آخر بصفة تبعية للحكم عليه بما عساه أن يحكم به على الأصيل • ومثالها دعوى الدائن على المدين والكفيل ، فهنا لا يجوز رفع الدعوى أمام محكمة الكفيل بل تختص بها فقط محكمة المدين (٦) •

---

(١) مورو : مشار اليه ص ١٠٩ — ١١٠ .

(٢) فتختص محكمة موطن المدعى عليه الذى يوجد موطنه فى مصر : (نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٧٦٧ العشماوى : جزء أول بند ٣٨٠ ص ٤٩٠) .

(٣) مورو : مشار اليه ص ١١٩ — ١٢٢ . وانظر : العشماوى : جزء أول بند ٣٨٢ ص ٤٩٣ وحاشية ١ .

(٤) العشماوى : جزء أول بند ٣٨١ ص ٤٩١ .

(٥) مورو : مشار اليه ص ١١١ .

(٦) مصر التجارية الجزئية ٢ ابريل ١٩٤٠ — المحاماة ٢٠ — ٩٩٣ — ٤٠٨ .

(د) اذا رفعت الدعوى على شخص بصفة أصلية ورفعت على آخر بصفة احتياطية لكى يحكم عليه اذا لم يصدر الحكم ضد المدعى عليه الأول. فهنا لا يجوز رفع الدعوى أمام محكمة المدعى عليه الاحتياطى .

٢ ــ أن يختصم المدعى عليهم بصفة جدية . فلا يعمل بهذه القاعدة اذا كان المدعى عليه الذى رفعت الدعوى أمام محكمته قد اختصم بسوء نية من المدعى لمجرد جلب المدعى عليه الحقيقى أمام محكمة غير محكمته الطبيعية (١) . على أنه يجب اثبات سوء النية بوقائع مؤكدة (٢) ، فلا يكفى مجرد رفض الدعوى ضد المدعى عليه الذى رفعت الدعوى أمام محكمة موطنه .

٣ ــ أن ترفع الدعوى أو الدعاوى المرتبطة أمام محكمة موطن أحد المدعى عليهم (٣) . فلا يجوز للمدعى اختصام مدعى عليه أمام المحكمة المختصة بالنسبة لمدعى عليه آخر اذا لم يكن أساس اختصاصها هو أنها محكمة موطن هذا الأخير . كما لو كانت محكمة محل اقامة مدعى عليه ليس له موطن ، أو محكمة موطن المدعى ، أو محكمة الموطن المختار ، أو المحكمة المتفق بين المدعى والمدعى عليه على اختصاصها .

(ب) اختصاص محكمة الطلب الاصلى بالطلب العارض او المرتبط :

وفقا للمادة ٦٠ مرافعات والواردة فى الفصل الخاص بالاختصاص المحلى تختص المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية بالفصل فى الطلب العارض ، ولو كانت تختص به محكمة أخرى اذا رفع كطلب أصلى (٤) . وذلك أيا كان أساس اختصاصها بالطلب الأصلى ، وسواء كان هذا لأنها محكمة موطن المدعى عليه أو لأنها محكمة موقع العقار أو موطن المدعى ، أو غير ذلك . ويستوى أن يكون الطلب العارض مقدما من المدعى أو من المدعى

---

(١) مورو : مشار اليه ١١٢ ــ ١١٣ .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٨٩ ص ٧١ . رمزى سيف : بند ٣٤٩ ص ٢٩٥ .

(٣) مورو : مشار اليه ص ١١٥ .

(٤) دينى : مشار اليه بند ٥٤ ص ١٢٩ .

عليه أو من الغير • وهذا النص الذى يتعلق بالطلب العارض ليس له مقابل فى التشريع المصرى بالنسبة للطلب الأصلى المرتبط • ومع هذا فان من المتفق عليه ، رغم هذا الاغفال ، أن الارتباط بين طلبين أصليين يبرر الخروج على قواعد الاختصاص المحلى (١) • ويكون الامر كذلك سواء رفع الطلبان بصحيفتين أمام نفس المحكمة ، أم رفعا الى محكمتين مختلفتين •

على أنه استثناء من قاعدة اختصاص محكمة الطلب الأصلى بالطلب العارض اختصاصا محليا ، اذا كان الطلب العارض يتضمن دعوى ضمان فرعية واتضح أن الطلب الأصلى لم يقدم الا بقصد جلب الضامن الى محكمة غير محكمته ، فان محكمة الطلب الأصلى لا تكون مختصة بطلب الضمان (مادة ٦٠) • مثال : أ وموطنه القاهرة مدين لـ ب وموطنه الاسكندرية • أحال ب حقه الى ج • رفع ج دعوى على ب أمام محكمة الاسكندرية ، فأدخل ب أ كضامن • فاذا أثبت أ أن ب انما اختصم لادخال (أ) أمام محكمة غير محكمته ، فان له أن يدفع بعدم الاختصاص المحلى واحالة الدعوى الى محكمته أى الى محكمة القاهرة •

١٨١ — وسيلة الجمع بين الدعاوى المرتبطة امام المحكمة المختصةبها :

(ا) طلبان اصليان : لا مشكلة اذا رفع الطلبان فى صحيفة واحدة ، اذ الجمع يتم عندئذ ابتداء بواسطة المدعى أو المدعين • ولكن المشكلة تثور اذا كان الطلبان قد رفعا بصحيفتين مختلفتين ، سواء الى نفس المحكمة أو الى محكمتين مختلفتين :

١ — امام نفس المحكمة (ضم الدعاوى) : يتم جمع الطلبين فى خصومة واحدة بقرار بالضم يصدر بناء على طلب أى من الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة • ويتم الضم سواء كان الطلبان المرتبطان أمام نفس الدائرة أو أمام دائرتين مختلفتين(٢) • ويدخل قرار الضم فى السلطة التقديرية للمحكمة ،

---

(١) انظر : رمزى سيف : بند ٣٤٠ . ص ٤٠٥ . احمد مسلم : بند ٢٦١ ص ٢٨٩

(٢) كما يمكن ان يتم الضم لأول مرة امام المحكمة الاستئنافية . (فنسان بند ٧٥٨ مكرر ص ٩٨٦ . نقض مدنى ٩ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٤٩ — ١٠٥) .

فلها أن ترفض الضم ولو توافر الارتباط بين الدعويين اذا قدرت أن هذا الضم لا يساعد على تيسير الفصل فى الدعويين • ولا رقابة فى هذا لمحكمة النقض (١) • على أنه يلاحظ أن ضم الطلبين لا يفقد كلا منهما استقلاله من الناحية الاجرائية فلا يؤثر تعيب أحدهما فى صحة الآخر ، وذلك ما لم يتحد الطلبان أشخاصا ومحلا وسببا ، اذ يتعلق الأمر عندئذ بدعوى واحدة فيندمج الطلبان ــ بضمهما ــ ليكونان طلبان واحدا (٢) • والفرض فى الضم أن تكون كل دعوى قد رفعت الى المحكمة المختصة بها على استقلال • ولهذا لا يثير الضم أية مشكلة متعلقة بالاختصاص المحلى أو النوعى • ولكن قد تثور مشكلة اختصاص قيمى اذا كان الطلبان قد قدما الى المحكمة الجزئية وكانا يستندان الى سبب قانونى واحد بحيث يؤدى ضمهما الى عدم اختصاص المحكمة الجزئية بهما مجتمعين ، رغم اختصاصها بكل منهما على حدة قبل الجمع • وعندئذ اذا قدرت المحكمة ضرورة الضم فعليها أن تحكم ــ ولو من تلقاء نفسها ــ بعد اختصاصها وباحالة القضية الى المحكمة الابتدائية (١١٠ مرافعات) •

٢ ــ **امام محكمتين مختلفتين (الاحالة للارتباط)** : اذا رفع الطلبان الأصليان أمام محكمتين مختلفتين ، فان جمعهما للارتباط أمام المحكمة المختصة بهما معا يكون بقرار من احدى المحكمتين باحالة الدعوى التى أمامها الى المحكمة الأخرى التى رفعت اليها الدعوى المرتبطة بها • ويكون قرار الاحالة بناء على دفع يسمى الدفع بالاحالة للارتباط (٣) • ووفقا للمادة ١١٢/٢ مرافعات ، يمكن أن يقدم الدفع لأى من المحكمتين • على أن هذا الخيار لايكون ــ فى تقديرنا ــ الا حيث تكون الدعويان مرفوعتين الى محكمتين من نفس النوع • فاذا رفعت دعوى الى محكمة

---

(١) فنسان : الاشارة السابقة •

(٢) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٧٨ ــ طعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٣ ق • و ٢ مايو ١٩٧٧ ــ مجلة ادارة القضايا ١٩٧٧ ــ عدد ٣ ــ ص ٢٢٧ ــ بند ٢٦ •

(٣) فنسان : بند ٣٥٨ ص ٤٥١ •

جزئية تختص بها وأخرى الى محكمة ابتدائية تختص بها ، فان الاحالة لا تكون الا من الأولى الى الثانية . ذلك أن المحكمة الابتدائية هى وحدها التى تختص بالدعويين بعد جمعهما للارتباط . ومن ناحية أخرى ، يجب أن تكون الاحالة داخل محاكم الجهة القضائية الواحدة . فلا يجوز الاحالة للارتباط من جهة الى أخرى (١) . وللمحكمة المقدم اليها الدفع بالاحالة رفضه رغم توافر الارتباط ، اذا قدرت أن من شأن الاحالة تعطيل الفصل فى احدى الدعويين ، كما لو رأت أن المحكمة المطلوب الاحالة اليها قد قاربت الانتهاء من نظر الدعوى التى أمامها (٢) .

١٨٢ — (ب) طلب اصلى وطلب عارض : لا مشكلة اذا كان الطلب الأصلى أمام المحكمة الابتدائية ، فقدم اليها طلب عارض يدخل — لو رفع على استقلال — فى اختصاصها أو فى اختصاص المحكمة الجزئية اذ تختص المحكمة الابتدائية بهذا الطلب العارض . كما أنه لا مشكلة اذا كان الطلب الأصلى من اختصاص المحكمة الجزئية ، وقدم اليها طلب عارض يدخل فى اختصاصها (٣) . ولكن المشكلة تثور اذا قدم لها طلب عارض يدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية . وعندئذ وفقا للمادة ٢/٤٦ ، يكون للمحكمة الجزئية :

(ا) أن تنظر الطلب الأصلى وحده ، وتحكم ولو من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بالطلب العارض وباحالته الى المحكمة الابتدائية المختصة به وفقا للمادة ١١٠ مرافعات وذلك مع مراعاة قواعد الاختصاص المحلى . ويشترط للفصل بين الطلبين ألا يؤدى هذا الفصل الى الاضرار بسير

(١) واذا كانت المادة ١١٠ تجيز الاحالة الى جهة اخرى ، فهى خاصة بالاحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص . وهو نص خاص لايجوز القياس عليه وتطبيقه على الاحالة للارتباط (عكس هذا : رمزى سيف : بند ٣٤ ص ٤٠٥ . وانظر من راينا : أبو الوفا — بند ٢٢٢ ص ٣١٦) .

(٢) رمزى سيف : بند ٣٤١ ص ٤٠٦ .

(٣) على ان مشكلة تثور اذا رفع شخص دعوى تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه الى المحكمة الابتدائية ، ثم عدل طلبه الى مالا يجاوز هذه القيمة . وفقا لحكم حديث لمحكمة النقض لايؤدى هذا التعديل الى سلب المحكمة الابتدائية اختصاصها مهما كانت قيمته . ولكنه يتخذ اساسا لتقدير قيمة الدعوى لدى تحديد نصاب الاستئناف . (نقض عمال ٤ مارس ١٩٨٥ — فى الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٤٩ ق .) .

العدالة ، أى الا يكون الفصل بين الطلبين من شأنه أن يؤثر فى قدرة الخصم على الاثبات أو قدرة القاضى على تحقيق الطلب أو القضاء فيه وفقا للقانون. فلا يكفى لمنع الفصل بين الطلبين وجود صلة الارتباط (١) ، اذ هذه مفترضة دائما .

(ب) اذا كان الفصل بين الطلبين يؤدى الى الاضرار بسير العدالة ، فعلى المحكمة الجزئية ألا تفصل بين الطلبين . ولما كانت هذه المحكمة لا تختص بالطلب العارض ، فعليها أن تحيل الطلبين معا ــ الأصلى والعارض ــ الى المحكمة الابتدائية المختصة . على أنه يلاحظ أن هذه النتيجة لاتكون الا بالنسبة للاختصاصين القيمى والنوعى . ولا تؤثر فى الاختصاص المحلى . ولهذا فان الطلبين الأصلى والعارض لا يحالان الى المحكمة الابتدائية المختصة محليا بالطلب العارض ، وانما الى تلك المختصة بالطلب الأصلى (٢) . وحكم المحكمة الجزئية باحالة الطلبين الى المحكمة الابتدائية لا يقبل الطعن بأى طريق (مادة ٤/٤٦) (٣) .

وما ينص عليه المشرع فى المادة ٤٦ بالنسبة للطلب العارض ينص عليه أيضا بالنسبة للطلب المرتبط ، ويقصد به حالة رفع طلبين أصليين بينهما ارتباط . ومن الواضح أن المشكلة لا يمكن أن تثور الا فى حالة رفع طلبين مرتبطين أمام محكمة جزئية واحدة ، وكان أحد الطلبين يدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية .

١٨٣ ــ قاعدة قاضى الدعوى هو قاضى الدفع : من القواعد التقليدية فى الفقه أن « قاضى الدعوى هو قاضى الدفع » (٤) . وكلمة دفع هنا يقصد

---

(١) ابراهيم سعد ــ ص ٤٤٠ ويرى وجوب ان تصل الى حد عدم التجزئة . وهو ما لم يشترطه المشرع .

(٢) نقض ايطالى ١٠ فبراير ١٩٥٣ ــ مجموعة الاحكام ــ جزء أول ص ١٤٥ رقم ٥ .

(٣) وهذا الحكم ينطبق فقط على احالة الطلبين ، فهذه الاحالة هى وحدها التى تنص عليها المادة ٢/٤٦ فينصرف حكم عدم القابلية للطعن اليها دون غيرها . اما احالة الطلب العارض وحده ، فانها تتم وفقا للمادة ١١٠ مرافعات . وتخضع لقواعد الاحالة بعد الحكم بعد الاختصاص ، وهى تقضى بقابلية الحكم للطعن وفقا للقواعد العامة

(٤) Le juge de L'action est juge de l'exception.

بها كل ما يثار أمام القاضى المختص بالدعــوى من مســائل عارضة أو دفوع (١) . والمسائل العارضة هى تلك التى تتعلق باجراءات الخصومة دون أن ترمى الى منع الحكــم للمدعى بما يطلب ، ومثــالها طلب وقف الخصومة أو طلب الاحالة للتحقيق . أما الدفوع — بصفة عامة — فهى التى توجه الى الدعوى بقصد منع الحكم للمدعى بطلباته . ونتيجة لهذه القاعدة فان الاختصاص محليا أو نوعيا أو قيميا يتحدد بالنظر الى الدعوى دون اعتبار لما قد يثار من مسائل عارضة أو دفوع . وعلة هذه القاعدة هى منع تقطيع أوصال القضية ، وتمكين المحكمة من القيام بواجبها فى الفصل فى القضية بنظر ما يعتبر ضروريا لهذا الفصل . ومن ناحية أخرى ، فان المسألة العارضة أو الدفع لا تضيف شيئا الى محل القضية فهى تندرج فى القضية التى على القاضى حلها ، والتى على أساسها تحدد اختصــاص المحكمــة (٢) .

على أن الدفع قد ينطوى على دعوى تقرير فرعية . وتتميز هــذه الدعوى الفرعية بأن مضمونها يعتبر مسألة أولية لازمة للفصل فى الدعوى الأصلية (٣) ، ولهذا فهى تبدو فى صورة دفع لهذه الدعوى . ومثالها أن يطلب المدعى تنفيذ عقد ، فيدفعها المدعى عليه ببطلان العقد . فهذا الدفع يتضمن دعوى تقرير سلبية بالبطلان . واذا صح أن قاضى الدعوى هــو قاضى الدفع ، فان هذه القاعدة لا تنطبق على المسألة الأولية التى تعتبر دعوى بالمعنى الصحيح وان اتخذت صورة الدفع . اذ هذه المسألة تغير من نطاق القضية ، فيجب أن ترفع أمام القاضى المختص بها (٤) .

فاذا كان الدفع لا يتضمن مسألة أولية لازمة للفصل فى الدعــوى الأصلية ، فانه لا يؤثر فى اختصاص قاضى الدعوى ، فيبقى مختصا به بصرف

---

(١) وفى رأى البعض انه يقصد بها ايضا الطلبات العارضة والمرتبطة أنظــر : Lebas (Gabriel) : De la prorogation de juridiction en matiére civile, thèse, Paris, 1903. P. 124.

(٢) كيوفندا : نظم جزء أول بند ١٢٥ ص ٣٥١ .

(٣) انظر : دونوفريو : جزء أول بند ٩٨ ص ٧٤ .

(٤) بوناكورسو : حجية الامر المقضى ص ٤٠ .

النظر عما يتضمنه من دعوى فرعية ما دامت هذه الدعوى لم تثر أمامه الا كدفع للدعوى الاصلية ولم تقدم باعتبارها طلبا عارضا [1] .

ولأن المسألة الأولية ، بتعريفها ، لازمة للفصل فى الدعوى الأصليـة أى مرتبطة بها فانها تؤدى الى التأثير فى قواعد الاختصاص الخاصة بها . ولم ينص القانون المصرى بصفة خاصة على مدى هذا التأثير ، ولهذا فانه يجب القول بتطبيق القواعد التى نص عليها بالنسبة للارتباط بصفة عامة والتى سبق بيانها . أما بالنسبة للجمع بين المسألة الأولية والدعوى الأصلية فان المشرع — فيما يبدو من نص المادة ١٢٩ ومن نصوصه المتفرقة فى هذا الشأن — يطبق عليها قاعدة مقتضاها أنه اذا كانت المحكمة التى تثار أمامها المسألة الأولية لا تختص بها رغم تطبيق قواعد الارتباط ، فان على محكمة الدعوى — اذا قدرت أن الفصل فى المسألة الأولية يعتبر لازما للفصل فى الدعوى — أن توقف الدعوى الاصلية الى حين الفصل فى المسألة الأولية من المحكمة المختصة بها . وتطبيقا لذلك :

(أ) لا مشكلة بالنسبة للاختصاص المحلى ، كما أنه لا مشـكلة بالنسبة للاختصاصين النوعى أو القيمى اذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية . فمحكمة الدعوى تختص بالمسألة الأولية ولو خرجت عن اختصاصها المحلى ، كما أن المحكمة الابتدائية تختص بالمسألة الاولية ولو دخلت بحسب نوعها أو قيمتها فى اختصاص المحكمة الجزئية .

(ب) اذا كانت الدعوى من اختصاص المحكمة الجزئية ، وقدم اليها دفع يتضمن مسألة أولية تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية ، فعلى

---

(١) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧١ — الطعن رقم ٢٧١ لسنة ٣٦ ق . (رفعت دعوى بطلب الزام الورثة بدفع ٢١٦ جنيه ريع الاطيان التى اشتراها المدعى من مورثهم فدفع الورثة الدعوى بانهم تملكوا العين بالتقادم الطويل . فقررت محكمة النقض انه مادام هذا التمسك بالملكية لم يطرح على المحكمة فى صورة طلب عارض بل اثير فى صورة دفع لحق المشترى فى طلب الريع المترتب على عقد البيع (وليس على الملكية) ، فان هـذا الدفع لا يؤثر فى تقدير قيمة الدعوى بل تظل مقدرة بقيمة الريع المطالب به وحده) . ونفس المعنى : نقض مدنى ١٩٨١/١١/٨ فى الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٤٨ ق .

محكمة الدعوى الأصلية أن توقف الفصل فى هذه الدعوى الى حين الفصل فى الدعوى الفرعية من المحكمة الابتدائية (١) • وتنص المادة ٨٣٨ مدنى على تطبيق لهذه الصورة بالنسبة لدعوى القسمة (٢) •

(جـ) اذا كانت المسألة الاولية تخرج عن ولاية القاضى المدنى ، لتدخل فى ولاية القاضى الجنائى ، تعين على القاضى المدنى وقف الفصل فى الدعوى المدنية الى حين صدور حكم نهائى فى الدعوى الجنائية • وتنص على هذا صراحة المادة ٢٦٤ اجراءات جنائية •

(د) اذا كانت المسألة الأولية تخرج عن ولاية جهة المحاكم لتدخل فى ولاية جهة القضاء الادارى ، وجب على المحكمة المدنية أيا كانت « اذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى » أن توقف الفصل فى الدعوى الى حين الفصل فى المسألة الأولية من جهة القضاء الادارى • وعلى هذا تنص المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية (٣) •

(هـ) اذا كانت المسألة الأولية هى عدم دستورية القانون — أو اللائحة — الواجب التطبيق فى الدعوى ، فانه « اذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة

---

(١) ويستثنى من قاعدة الوقف هذه ، حالة ما اذا كانت الدعوى الاصلية أمام المحكمة الجزئية هى المطالبة بجزء من الحق ليس هو الجزء الاخير ، فثار نزاع حول الحق بأكمله وكانت قيمة الحق تجاوز اختصاص المحكمة الجزئية ، اذ عندئذ تقدر الدعوى وفقا للمادة ٤٠ بالحق بأكمله . وهو ما يعنى أن الدفع بالمسألة الاولية يستغرق الدعوى ، وعلى المحكمة الجزئية أن تحكم بعدم الاختصاص وتحيل الدعوى برمتها بما فيه الدفع الى المحكمة الابتدائية لنظرهما معا ، وفقا للمادة ١١٠ مرافعات .

(٢) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٧٢ — ١٠٤ .

(٣) واذا أمرت بالوقف ، فانها « تحدد للخصم الموجه اليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة ، فان لم تر لزوما لذلك اغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى واذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها » . (مادة ١٦ سلطة قضائية) .

الأولية » . ومن ناحية أخرى ، « اذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ، فاذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد أعتبر الدفع كأن لم يكن » (مادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا) .

الفصل الخامس

عدم الاختصاص والاحالة وتنازع الاختصاص

١٨٤ ـ الحكم فى الاختصاص : اذا رفعت دعوى الى محكمة ، ولم تكن مختصة بها ، حكمت ـ من تلقاء نفسها أو بناء على دفع ـ بعدم الاختصاص . والأصل أن لكل محكمة سلطة تقرير اختصاصها أو عدم اختصاصها بالدعوى المرفوعة اليها . فكل محكمة مختصة بمسألة اختصاصها (١) . ونتيجة لهذا ، فانه ـ كقاعدة ـ ليس لمحكمة أن تقرر بشأن اختصاص غيرها من المحاكم ، فان فعلت فان قرارها لا يلزم تلك المحكمة .

ومن المنطقى أن تنظر المحكمة أولا فى مسألة اختصاصها بالدعوى قبل فصلها فى هذه الدعوى . ذلك أنها لا سلطة لها فى الفصل فى الدعوى قبل أن تتأكد من اختصاصها بها . على أنه اذا كانت القضية جاهزة ، فلا يوجد ما يمنع من الفصل فى مسألة الاختصاص وفى الموضوع معا (٢) . ومما يحبذ هذا الاتجاه ، أن مسألة الاختصاص قد تقتضى مبدئيا اجراء بحث فى الموضوع لمعرفة ما اذا كان يدخل فى اختصاص المحكمة (٣) . وبهذا تنص

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثانى بند ١٧٢ ص ١٣٤ . موريل : بند ٢٩٣ ص ٢٤٨ .

(٢) انظر : موريل : بند ٢٩٧ ص ٢٥١ ـ ٢٥٣ .

(٣) فنسان : بند ٣٣٨ ص ٤٢٨ .

المادة ٢/١٠٨ مرافعات « يحكم فى هذه الدفوع (ومنهـا الدفع بعـدم الاختصاص) على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع » • ويلاحظ أنه رغم اشارة هذه المادة الى الاختصاص المحلى ، فلا شك فى انطباق حكمها على غيرها من أنواع الاختصاص • كما يلاحظ أن فصـل القاضى فى مسألة الاختصاص وفى موضوع الدعوى معا أنما يعنى الفصل فيهما فى وقت واحد وفى حكم واحد ، ولكنـه لا يعنى أن يفصـل فيهما بقرار واحد • فالحكم الصادر فيهما يتضمن فى الواقع قرارين : قراريتعلق بالاختصاص ، وآخر يفصل فى الدعوى (٢/١٠٨) • ولهذا فان كلا من القرارين يجب أن يتضمن أسبابه المتعلقة به • على أنه اذا لم يتمسك أحد من ذوى الشأن بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام ، ورأت المحكمة أنها مختصة بالدعوى ، فانها تصدر قرارا فى الموضـوع • ويعتبر هـذا القرار منطويا على قرار ضمنى باختصاصها بالدعوى (١) • ولاحاجة بها لاصدار قرار منفصل مسبب بالنسبة لمسألة الاختصاص •

١٨٥ ــ نوعا عدم الاختصاص : قد يكون عدم اختصاص المحكمة متعلقا بالنظام العام ، وقد لا يكون متعلقا به :

(أ) يكون عدم الاختصاص متعلقا بالنظام العـام اذا كانت قاعدة الاختصاص التى خولفت مقررة ليس بالنظر الى مصـلحة الخصـمين أو مصلحة أحدهما ، وانما بالنظر الى مصلحة عامة هى حسن سير القضـاء وتحقيقه الهدف منه (٢) • وفى القانون المصرى ، يعتبر كذلك عدم اختصاص المحكمة بأية دعوى لا تدخل فى اختصاصها النوعى أو القيمى (مادة ١٠٩) • ويعتبر عدم اختصاص نوعى متعلقا بالنظام العام عدم اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بالدعاوى الموضوعية (٣) ، وعدم اختصاص المحاكم

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ١٨٠٢ ــ ٢٦١ • ويعتبر ايضا قرارا ضمنيا بعدم الاختصاص حكم المحكمة الجزئية التى رفعت اليها دعوى قسمة بوقف الدعوى لحين الفصل فى النزاع على الملكية (نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ٦٧٢ ــ ١٠٤) •

(٢) موريل : بند ١٩٥ ص ١٧٨ •

(٣) مصر الكلية ٣ نوفمبر ١٩٣٤ ــ المحاماة ١٨ ــ ٢٦٧ ــ ١٣٥ •

المتخصصة بالدعاوى التى لا تدخل نوعيا فى اختصاصها المقيد ، كما هـو الحال بالنسبة لعدم اختصاص محكمة تجارية جزئية بالدعاوى المدنية(١) . وعدم اختصاص المحكمة المدنية بدعوى تدخل فى اختصاص نوعى لمحكمة متخصصة ، كما هو الحال بالنسبة لعدم اختصاص محكمة مدنية جزئية بدعوى تجارية تدخل فى الاختصاص النوعى لمحكمة تجارية جزئية .

(ب) ويكون عدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام اذا كانت قاعدة الاختصاص التى خولفت مقررة رعاية لمصلحة أحد الطرفين أو مصلحتهما معا (٢) .

فبعض هذه القواعد وان هدف الى حسن سير القضاء الا أن العلة التى يقوم عليها ويدور معها هى المصلحة المباشرة لطرف الدعوى أو لأحدهما ولهذا فان المشرع لا يحرص على تطبيق هذه القواعد الا حيث يحـرص صاحب المصلحة على تطبيقها . وفى القانون المصرى ، يعتبر غير متعلق بالنظام العام عدم الاختصاص المحلى . على أن المشرع قد يطبق فى بعض الحالات على عدم الاختصاص المحلى بعض أو كل أحكام عدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام . ويفعل المشرع المصرى هذا بالنسـبة لنوعين من الاختصاص المحلى :

١ ـ الاختصاص المحلى المقرر تطبيقا لقاعدة خاصة على خلاف القاعدة العامة . فوفقا للمادة ٢/٦٢ « لا يجوز الاتفاق مقدما على ما يخالف هذا الاختصاص » . وعدم جواز الاتفاق مقدما على مخالفة الاختصاص هو احدى سمات الاختصاص المتعلق بالنظام العام .

٢ ـ الاختصاص المحلى الذى يرتبط بوظيفة المحكمة بالنسبة لقضية معينة (٣) ، اذ يترتب على مخالفته عدم اختصاص متعلق بالنظام العام بكل

---

(١) مصر التجارية الجزئية ٢٨ مارس ١٩٤٩ ـ المحاماة ٢٠ ـ ١٤٢٥ ـ ٦١٨ .

(٢) موريل : بند ١٩٥ ص ١٨٧ وبند ٢٦٩ ص ٢٣١ .

(٣) انظر : كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٩١ ص ١٨٢ وما بعدها . ريتا : بند ١٠١ ص ١٢٧ .

قواعده . ومن تطبيقات هذا النوع ما ينص عليه القانون من اختصاص المحكمة التى أعلنت الافلاس بالدعاوى الناشئة عنه (١) ، واختصاص المحكمة التى تجرى التنفيذ بالمنازعات المتعلقة به (٢٧٥) . ومن تطبيقاته أيضا تحديد المحكمة الاستئنافية المختصة باستئناف حكم معين باعتبارها المحكمة التى تتبعها محكمة أول درجة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (٢) .

١٨٦ — قواعد عدم الاختصاص : تختلف هذه القواعد بحسب ما اذا كان عدم الاختصاص متعلقا بالنظام العام أو غير متعلق به وذلك على النحو الآتى (٣) :

١ — تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام (١/١٠٩) ، فى حين أن المحكمة لاتقرر عدم اختصاصها غير المتعلق بالنظام العام الا اذا تمسك الخصم به . ويحصل هذا التمسك بدفع يسمى الدفع بعدم الاختصاص .

٢ — يكون التمسك بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام لكل طرف من أطراف الخصومة ، كما يكون للنيابة العامة اذا تدخلت فى الخصومة . ذلك أن الأمر لا يعدو هنا تنبيه المحكمة الى واجبها فى الحكم بعدم الاختصاص . أما التمسك بعدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فلا يكون الا للخصم الذى قررت قاعدة الاختصاص لمصلحته .

٣ — لا يجوز للأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة اذا كان عدم الاختصاص متعلقا بالنظام العام . فليس لطرفى عقد الاتفاق على عرض ما قد ينشأ من نزاع بشأن تنفيذه على القاضى الجزئى ، فى حين أنه بحسب نوعه أو قيمته من اختصاص المحكمة الابتدائية . وليس لهما ابرام مثل هذا الاتفاق ولو بعد نشأة النزاع . ويكون كل اتفاق على هذا النحو باطلا ولا يلزم طرفيه أو يلزم القضاة . وعلى العكس ، للاطراف الاتفاق

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٣ ابريل ١٩٦١ — المجموعة الرسمية ٦٠ — ١١٠٠ — ١٤٣ .

(٢) كوستا : بند ١٠٢ ص ١٢٨ . موريل : بند ٢٧١ ص ٢٣٢ .

(٣) موريل : بند ١٩٥ ص ١٧٨ — ١٧٩ .

على اختصاص محكمة غير مختصة اذا كان عدم اختصاصها لا يتعلق بالنظام العام ، كما هو الحال بالنسبة لعدم الاختصاص المحلى • ويمكن أن يتفق الطرفان على محكمة معينة غير المحكمة التى تحددها قواعد الاختصاص المحلى • كما يمكن أن يتفقا على ترك تحديد المحكمة لمن يرفع الدعوى منهما ، ويشترط عندئذ ألا يتعسف المدعى فى استعمال حقه هذا(١) • واذا تم هذا الاتفاق ، سواء قبل نشأة النزاع أو بعد نشأته ، وسواء قبل رفع الدعوى به أو بعد رفعها ، صريحا أو ضمنيا ، فانه يكون ملزما لأطرانه ، كما أنه يلزم المحكمة • ولهذا فان المحكمة التى اتفق على اختصاصها — وهى أصلا غير مختصة — تصبح مختصة بالدعوى ، فليس لها أن تقبل دفعا بعدم اختصاصها • على أن الاتفاق اذا كان يؤدى الى منح الاختصاص لمحكمة غير مختصة ، فانه لا ينزع الاختصاص عن محكمة موطن المدعى عليه المختصة قبل الاتفاق • ولهذا فانه اذا وجد اتفاق على اختصاص محكمة معينة ، فان للمدعى أن يرفع الدعوى اما أمام المحكمة التى اتفق على اختصاصها أو أمام محكمة موطن المدعى عليه (٦٢/١) •

واذا تعدد الخصوم ، فيجب موافقتهم جميعا والا جاز لمن لم يتفق من المدعى عليهم التمسك بعدم الاختصاص (٢) • ويقع عبء اثبات وجود اتفاق على عاتق المدعى • ويجب تفسير الاتفاق تفسيرا ضيقا فلا يمتد الا الى المنازعات التى قصد الطرفان عدم خضوعها للقاعدة العامة كما أنه لا ينتج أثره بعد انقضائه (٣) •

واستثناء من امكان الاتفاق على اختصاص محكمة غير مختصة محليا ، تقضى المادة ٢/٦٢ بأنه حيث ينص القانون على اختصاص محكمة على

---

(١) رمزى سيف : بند ٢٧٥ ص ٣٢٦ .

(١) موريل : بند ٢٩١ ص ٤٢٧ . ليبا : رسالة ص ١١٨ .

(٢) وتطبيقا لهذا حكم بأنه اذا ظل المستأجر واضعا يده على العين بعد انتهاء مدة التجديد ، فان يده لا تبقى باعتبار أن العقد قد تجدد مرة ثالثة بشروطه ، بل يعتبر انه تجدد وفقا للقانون . ولهذا فان النص الوارد فى العقد والخاص بالاتفاق على الاختصاص لايسرى على الدعوى الخاصة بالسنة الاخيرة . فتخضع هذه للقاعدة العامة فى الاختصاص المحلى . (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر ١٩٣١ — المحاماة ١٢ — ٦١٦ — ٣١٢) .

خلاف محكمة موطن المدعى عليه (١) ، كما هو الحال بالنسبة للدعاوى العينية العقارية أو بالنسبة لدعاوى الارث ، لا يجوز الاتفاق مقدما على مخالفة هذا الاختصاص . وعلة هذا الحكم هى أن هذه القواعد ترمى الى تحقيق أهداف معينة تتعلق بملاءمة نظر الدعوى من محكمة معينة ، وهى أهداف يحرص المشرع على تحقيقها (٢) . على أن هـذا الحـرص لا يبلغ حد جعل هذه القواعد متعلقة بالنظام العام . ولهذا فانه وان منع المشرع الاتفاق على مخالفتها ، فانها بالنسبة للقواعد الأخرى تخضع لأحكام عدم الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام . وحتى بالنسبة لعدم جواز الاتفاق ، فان الأمر يتعلق بعدم جواز الاتفاق مقدما قبل بدء الخصومة ، فلا يسرى المنع على اتفاق يتم بعد بدء الخصومة .

٤ — يمكن التمسك بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام فى أية حالة كانت عليها القضية . فأمام محكمة الدرجة الأولى المرفوعة اليها الدعوى ، يمكن الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظـام العام فى أية مرحلة الى حين صدور الحكم الفاصل فى الدعوى . ولا يمنع من ابداء هذا الدفع سبق ابداء دفوع أخرى ، أو سبق اصدار أحكام تتعلق بسير الخصومة أو بالتحقيق فى الدعوى . كما لا يمنع من ابداء الدفع سبق التنازل عنه . ومن ناحية أخرى ، فان عدم الاختصاص هذا يمكن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (٣) ، وأيضا لأول مرة أمام محكمـة النقض . أما اذا كان عدم الاختصاص لا يتعلق بالنظـام العام ، فانه يجب الدفع به مع الدفوع الاجرائية الأخرى فى بدء الخصومة « قبل ابداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول » والا سقط الحق فيه (مادة ١/١٠٨) وفقا لماسيلى بيانه فى أحكام الدفوع الاجرائية .

---

(١) ولا ينطبق النص حيث يكون للمدعى الخيار بين محكمة موطن المدعى عليه ومحكمة اخرى .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع مجموعة ١٩٦٨ .

(٣) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٧٠٢ — ١٠٤ .

١٨٧ — الاحالة الى المحكمة المتفق على اختصاصها : وحيث يكون الاتفاق على الاختصاص المحلى جائزا، وتم هذا الاتفاق بعد رفع الدعوى الى المحكمة المتفق على اختصاصها ، فان المحكمة تحيل الدعوى الى المحكمة المتفق عليها • ووفقا لنص المادة ١١١ مرافعات تكون الاحالة جوازية ، فللمحكمة اذا قدرت أنها قد قطعت شوطا كبيرا فى تحقيق القضية ألا تتخلى عن نظرها وترفض طلب الاحالة • على أنه رغم عموم نص المادة ١١١ فان هذه السلطة التقديرية لا تكون للمحكمة الا حيث تكون هى مختصة — قبل الاتفاق — بنظر الدعوى • أما حيث تكون غير مختصة بنظرها ، وفقا لقواعد الاختصاص المحلى ، وحدث التمسك بعدم الاختصاص ، فان على المحكمة أن تقضى بعدم الاختصاص وبالاحالة وفقا للمادة ١١٠ مرافعات التالى بيانها • هذا ولو اتفق الخصوم على المحكمة التى تحال اليها الدعوى • والاحالة وفقا للمادة ١١١ لا تكون من تلقاء نفس المحكمة وانما بناء على دفع من أحد الخصمين متضمنا الاتفاق على اختصاص محكمة أخرى • ولأن المحكمة لا تحيل بناء على اتفاق الخصوم الا حيث يكون الاتفاق على الاختصاص جائزا ، فان المحكمة المحال اليها الدعوى لا تلتزم بنظر الدعوى المحالة اليها الا حيث يجوز هذا الاتفاق • فمصدر التزامها ليس هو قرار الاحالة ، ولكن اتفاق الخصوم على اختصاصها بالدعوى •

١٨٨ — احالة الدعوى بعد الحكم بعدم الاختصاص وفقا للمادة ١١٠ مرافعات ، على المحكمة عندما تحكم بعدم اختصاصها أن تحدد — من تلقاء نفسها — المحكمة المختصة بالدعوى ، وتحيل الدعوى اليها • ويستوى فى هذا أن تكون المحكمة قد قضت بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها أو بناء على دفع ، فالاحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص هى دائما واجب، على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها • ويعود النظام الذى يأخذ به المشرع المصرى الى حرصه على ألا يتحمل المدعى بعد الحكم بعدم

الاختصاص أو انتفاء الولاية مشقة اعادة رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة بها أو الجهة ذات الولاية بها ، ومشقة اعادة الاجراءات التى تمت فى الخصومة من جديد ، وقد تكون مسألة الولاية أو الاختصاص من الصعوبة بحيث يكون المدعى معذورا فى خطئه بشأنها (١) .

والحكم بالاحالة وفقا للمادة ١١٠ ، يلزم المحكمة المحال اليها بنظر الدعوى . ويقوم هذا الالتزام ولو كاف تحديد الاختصاص قد بنى على قاعدة قانونيـة غير سليمة (٢) أو قد خالف نصا قانونيا صريحا . ويمتنع على الخصوم اعادة الجدل فى هذا التحديد (٣) . والمقصود بهذا الالتزام أن المحكمة المحال اليها الدعوى تلتزم بالتحديد الصادر من المحكمة المحيلة لمسألة اختصاصها التى ثارت أمامها . فهى تستطيع — رغم الاحالة — أن تقضى بعدم قبول نظر الدعوى لأى سبب . كما أن الخصوم يحتفظون بحقهم فى التمسك أمامها بما كانوا يستطيعون التمسك به من دفوع أمام المحكمة المحيلة (٤) . فالدعوى تحال وفقا للمادة ١١٠ « بحالتها » . وهو ما يعنى أيضا أن ما تم صحيحا من أعمال الخصومة قبل الاحالة يبقى صحيحا ، بما فى ذلك صحيفة الدعوى . وتتابع الدعوى سيرها أمام المحكمة المحال اليها الدعوى من حيث انتهت اجراءاتها أمام المحكمة التى أحالتها (٥) ، (٦) . ولهذه فان على هذه المحكمة عندحكمها

---

(١) رمزى سيف : بند ٣٢٩ ص ٣٨٨ — ٣٨٩ . فان كان لا عذر له ، جاز للمحكمة الزامه بغرامة لاتجاوز عشرة جنيهات (١١٠ مرافعات) .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/١١/٢٩ فى الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٤٤ ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٨١/٥/٣١ فى الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٤ ق .

(٤) وهو ما يتصور معه امكان اثارة نوع من الاختصاص غير الذى فصلت فيه المحكمة المحيلة . فاذا دفع أمام المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها المحلى ، فحكمت بعدم اختصاصها وباحالة الدعوى الى المحكمة الجزئية المختصة محليا بالدعوى ، فان هذا الحكم لا يمنع من التمسك أمام المحكمة المحال اليها بعدم اختصاصها القيمى او النوعى او بانتفاء ولايتها .

(٥) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٢ ق . ويمكن للمحكمة المحال اليها الدعوى الاخذ بتقرير خبير منتدب من المحكمة المحيلة (نقض ايجارات ١٩٨٢/٢/٢٢ فى الطعن رقم ٦١٦ لسنة ٤٧ ق .) . فاذا ما تمت تهيئة الدعوى للمرافعة باجراءات صحيحة امام =

بالاحالة أن تحدد للخصوم جلسة يحضرون فيها أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى • وعلى قلم كتاب المحكمة اخبار الغائبين من الخصوم بذلك بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول (مادة ١١٣) •

والاحالة التى تنظمها المادة ١١٠ هى الاحالة بعد حكم المحكمة بعدم اختصاصها • ونتيجة لهذا :

(أ) لا تخضع لهذه المادة احالة القضية من دائرة الى أخرى • فهذه الاحالة لا تلزم الدائرة المحال اليها القضية بنظرها ولا تمنعها من الحكم بعدم اختصاص المحكمة • كما أن هذه الاحالة لا يسرى عليها ما تنص عليه المادة ١١٣ من تحديد جلسة أمام المحكمة المحال اليها للدعوى ووجوب قيام قلم الكتاب باخبار الغائبين من الخصوم بها (١) •

(ب) اذا رفعت أمام قاضى الأمور المستعجلة دعوى وقتية لم يتوافر فيها شرط الاستعجال ، فان القاضى لا يحكم باحالة الدعوى الى محكمة الموضوع (٢) ، اذ أن عدم توافر الاستعجال ، لايؤدى — كما قدمنا — الى حكم بعدم الاختصاص وهو المفترض اللازم للاحالة وانما يؤدى الى

= المحكمة المحيلة ، فلا يقتضى الامر من المحكمة المحال اليها اتخاذ اجراءات جديدة ، (نقض ايجارات ١٠ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٤٩ ق .)

(٦) مالم تكن الاحالة قد تمت نتيجة لحكم من محكمة الطعن بالغاء الحكم المطعون فيه لصدوره من محكمة غير مختصة واحالة الدعوى الى المحكمة المختصة بها . فعندئذ تحال الدعوى الى المحكمة المختصة بحالتها التى انتهت بها أمام المحكمة التى اصدرت الحكم المطعون فيه — ولا يكون ما طرح امام محكمة الطعن من دفاع او دفوع مطروحا على المحكمة المحال اليها الدعوى (نقض مدنى ١٩٨٢/١٢/١٩ فى الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥١ ق .) .

(١) نقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٦٩ لسنة ٤٨ ق . و ٢ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٠٨٧ — ١٦٠ .

(٢) وهى نتيجة يسلم بها الفقهاء ولكن لانهم يرون ان تخلف الاستعجال يؤدى الى حكم بعدم الاختصاص لايجدون لها سندا مقنعا . (انظر : ابو الوفا : ص ٣١٢ حاشية ٢) .

حكم برفض الدعوى (١) • وعلى العكس اذا رفعت أمامه دعوى موضوعية فانه يحكم بعدم اختصاصه بها وباحالتها الى محكمة الموضوع المختصة(٢)، كما أن على قاضى الامور المستعجلة اذا حكم بعدم الاختصاص المحلى أن يحيل الدعوى المستعجلة الى المحكمة المختصة محليا بها •

(جـ) اذا حكمت المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها (٣) ، أو بأى قضاء آخر مانع من نظر الدعوى ، فلا يتصور بعده احالة الى محكمة أخرى •

وينطبق نص المادة ١١٠ بعمومه أمام كل من محكمة أول درجة ومحكمة ثان درجة وذلك أيا كانت طبقة المحكمة أو تخصصها • ولذلك فان على المحكمة الجزئية بعد الحكم بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى الى المحكمة الابتدائية المختصة ، وعلى المحكمة الابتدائية بعد الحكم بعدم اختصاصها احالة الدعوى الى المحكمة المختصة بها سواء كانت

---

(١) انظر ما سبق بند ١٦٣ . وقد اقتربت محكمة النقض من الأساس الذى قدمناه . فقضت فى ٢١ ديسمبر ١٩٧٧ (طعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ ق) بانه اذا رفعت الدعوى باجراء وقتى لقاضى الامور المستعجلة وتبين له أن الفصل فيه يقتضى المساس بالحق او أن الاستعجال مع خشية فوات الوقت غير متوافر قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى . وبهذا القضاء تنتهى الخصومة أمامه ولايبقى منها ما تجوز احالتهلمحكمة الموضوع طبقا للمادة ١١٠ مرافعات ، أولا : لأن هذا القضاء يتضمن رفضا للدعوى لعدم توافر الشرطين اللازمين لقبولها وهما الاستعجال وعدم المساس بالحق ، وثانيا : لأن المدعى طلب فى الدعوى الامر باتخاذ اجراء وقتى . وهذا الطلب لا تختص به استقلالا محكمة الموضوع ولا تملك المحكمة تحويره من طلب وقتى الى طلب موضوعى لأن المدعى هو الذى يحدد طلباته فى الدعوى . (وفى نفس المعنى : نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٢٢ طعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٣ ق . ونقض مدنى ٢٠ يونيو ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٧٨٠ لسنة ٤٤ ق .) .

فاذا قام قاضى الامور المستعجلة بالاحالة — فى هذه الحالة — على خلاف القانون الى محكمة الموضوع ، فمعنى ذلك أن الدعوى قد اتصلت بهذه المحكمة على غير النحو والاجراءات التى نص عليها القانون . وعلى هذه المحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٢٢ — طعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٣ ق و ١٩٧٩/٦/٢٠ — مشار اليه .

(٣) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٩٨ — ١١٢ .

المحكمة الجزئية أو محكمة التنفيذ المختصة (١) ، أو أى محكمة متخصصة كمحكمة العمال . كما أن على المحكمة الاستئنافية أن تحيل الاستئناف الى المحكمة الاستئنافية المختصة التى كان يجب رفع الاستئناف أمامها (٢) . ويجب الاحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص من محكمة الامور المستعجلة أو محكمة العمال الجزئية أو المحكمة التجارية الجزئية الى محكمة أخرى . كما أنه يجب الاحالة ولو كانت الدعوى تدخل فى ولاية محكمة استثنائية كما هو الحال بالنسبة للجنة ذات اختصاص قضائى ، ذلك أن المادة ١١٠ توجب الاحالة ، ولو تعلق الأمر بانتفاء الولاية . فضلا عن أن اللجنة فى الواقع تعتبر — وهى تباشر اختصاصها القضائى — محكمة ، وان لم تدخل فى التشكيل العادى لجهة المحاكم (٣) والقول بغير هذا يتنافى مع الحكمة من المادة ١١٠ وهى استقرار الدعوى فى المحكمة ذات الولاية والاختصاص بها ، وتفادى ما يقع فيه المدعى من حرج البحث عن محكمة تنظر دعواه (٤) .

---

(١) نقض مدنى ١٠ فبراير ١٩٧٦ — مجلة ادارة القضايا ١٩٧٨ — ١ — ص ١٦١ — رقم ١٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/٤/١٣ فى الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٥ ق . عكس هذا : ابو الوفا : بند ٢١٥ ص ٣١١ .

(٣) هناك اتجاه فى القضاء الى عدم اعمال نص المادة ١١٠ التى تلزم بالاحالة فى حالة ما اذا كانت الدعوى من اختصاص محكمة النقض فقد قررت محكمة النقض ان الطلبات التى يرفعها رجال القضاء وفقا للمادة ٨ من قانون السلطة القضائية يجب أن ترفع الى محكمة النقض . فان رفعت الى المحكمة الابتدائية ، فان الطلب يكون غير مقبول . وليس لهذه المحكمة ان تحكم بعدم الاختصاص والاحالة الى محكمة النقض . فالالتجاء الى محكمة النقض لا يكون بطريق الاحالة وانما وفقا للاجراءات التى حددها القانون للالتجاء اليها . (نقض ٢ مارس ١٩٨٢ فى الطلب رقم ٢٢٩ ق . « رجال القضاء » و ٩ فبراير ١٩٨١ فى الطلب رقم ٢٧٤ لسنة ٥١ ق . « رجال القضاء » . نقض مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٨ — ٢٧) .

كما قضت محكمة الامور المستعجلة بالقاهرة بأن المادة ٣٥ من ق ٤٨٠ لسنة ١٩٦٩ رسم طريق الطعن فى انتخابات رئيس واعضاء نقابة الاطباء البيطرين امام محكمة النقض . فاذا رفع أمام قاضى الامور المستعجلة فعلى المحكمة الحكم بعدم اختصاصها ولكن دون احالة الى محكمة النقض (الامور المستعجلة ٢١ يوليو ١٩٧٧ — المحاماة ٥٨ — العددان ١ و ٢ ص ٨٤) .

ومن ناحية أخرى ، ينطبق نص المادة ١١٠ على الاحالة من جهة المحاكم الى جهة القضاء الادارى أو من هذه الجهة الى جهة المحاكم (١) . وفى هذا الصدد نرى أن على الجهة غير المختصة أن تقتصر على الاحالة الى الجهة المختصة دون أن تحدد المحكمة التى تختص بالدعوى داخل هذه الجهة . فان هى تجاوزت تحديد الجهة الى تحديد المحكمة فانها تكون قد تجاوزت سلطتها المخولة لها وفقا للمادة ١١٠ مرافعات ، ولا يكون حكمها فى هذا الصدد ملزما للجهة المحالة اليها الدعوى .

١٨٩ — عدم الاختصاص والاحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة أخرى: اذا اختصت محكمتان بدعوى واحدة، كما فى حالة تعدد المدعى عليهم أو حالة الدعوى التجارية ، فان اختصاصهما لا يقوم معا ، وانما تكون الدعوى من اختصاص هذه المحكمة أو تلك (٢) . فاذا رفعت الدعوى أمام احدى المحكمتين ، فانه يترتب على رفعها أن تصبح المحكمة الأخرى بقوة القانون غير مختصة بها . على أن عدم الاختصاص هنا ليس أصليا ، اذ المحكمة أصلا مختصة وفقا لقواعد الاختصاص (٣) ، وانما ينشأ عدم اختصاصها بسبب سبق رفع الدعوى أمام محكمة أخرى مختصة . ولهذا ، لا تكون الوسيلة الفنية لقصر نظر الدعوى على المحكمة التى رفعت اليها أولا ، هى التمسك بعدم اختصاص المحكمة التى رفعت اليها بعد ذلك ، وانما تكون الوسيلة هى التمسك بقيام ذات الدعوى أمام محكمتين Litispendence ويتم ذلك بدفع يسمى — فى القانون المصرى — الدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها . (١٠٨ و ١١٢ مرافعات) . ولعل من النادر عملا رفع نفس الدعوى مرتين . ولكن المشكلة ممكنة الحدوث . فقد يرفع شخص دعوى ، ثم يتوفى ، فيرفع ورثته نفس الدعوى

---

(١) نقض عمال ١٩٨١/١/١١ فى الطعن رقم ٥٢ لسنة ٥٠ ق . عكس هذا : أبو الوفا — الاشارة السابقة .

(٢) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ١٧٢ ص ١٣٣ .

(٣) فاذا كانت غير مختصة وفقا لهذه القواعد ، فان الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع يكون غير مقبول . فهذا الدفع يفترض ان المحكمتين مختصتان .

— جاهلين سبق الدعوى من مورثهم — أمام محكمة أخرى مختصة بها .

ويستوى أن ترفع الدعوى الأولى أو الثانية كطلب أصلى أو كطلب عارض (١) . ويفترض التمسك بالدفع بالاحالة :

(أ) أن يتعلق الأمر بنفس الدعوى . ويكون الأمر كذلك اذا توافرت بين الطلبين وحدة الخصوم والمحل والسبب . ويعتبر المحل واحدا اذا كان محل الدعوى الأولى يستغرق محل الدعوى الثانية (٢) .

(ب) أن تقوم الدعوى أمام محكمتين تابعتين لجهة قضائية واحدة . ولهذا لا يقبل الدفع اذا سبق رفع الدعوى أمام نفس المحكمة ، ولو أمام دائرة أخرى (٣) . ومن ناحية أخرى ، اذا رفعت الدعوى الى جهة قضائية ثم رفعت نفس الدعوى أمام جهة أخرى ، فلا يجوز التمسك بالدفع بالاحالة . وأخيرا ، فان هذا الدفع لا يقبل بالنسبة للدعوى التى يسبق رفعها الى هيئة محكمين ، ففى هذه الحالة اذا رفعت الدعوى الى المحكمة، فان المدعى عليه يمكنه التمسك بالاتفاق على التحكيم . وهو دفع يختلف عن الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين .

(جـ) أن تكون الدعوى لازالت قائمة أمام المحكمة التى رفعت اليها أولا . فاذا كانت الخصومة قد زالت أمام هذه المحكمة لأى سبب من أسباب انتهاء الخصومة (٤) ، فلا يمكن التمسك أمام المحكمة التى ترفع اليها الدعوى ثانية بقيام النزاع أمام محكمتين . ولهذا فان من سلطة المحكمة التى ترفع اليها الدعوى ثانية ، أن تتحقق — قبل الحكم بالاحالة — من أن الدعوى لازالت قائمة أمام المحكمة الأولى (٥) .

---

(١) رمزى سيف : بند ٣٣٦ ص ٣٩٩ .

(٢) انظر : دونوفريو : جزء اول بند ١١٨ ص ٨٩ . على أنه لا يكفى وجود ارتباط بين دعويين أيا كان (العشماوى : جزء ثان بند ٧٥٠ ص ٢٥٩) . اذ عندئذ تكون الوسيلة هى الدفع بالاحالة للارتباط .

(٣) دونوفريو : جزء اول بند ١١٨ ص ٨٩ . وتكون الوسيلة عندئذ هى ضم الدعويين ولو من تلقاء نفس القاضى .

(٤) وذلك سواء بحكم نهائى فى الموضوع أو لسبب من اسباب انتهاء الخصومة قبل الفصل فى الموضوع .

(٥) زانزوكى : جزء اول بند ٩١ ص ٢٨٤ .

ويحصل التمسك بالدفع ، أمام المحكمة التى رفعت اليها الدعوى ثانية (١١٢ مرافعات) . وذلك على أساس أن رفع الدعوى الى المحكمة الأولى قد جعل الثانية غير مختصة بها .وتعرف المحكمة التى رفعت اليها الدعوى ثانية بالرجوع الى تاريخ ايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة (١) ، اذ تعتبر الدعوى مرفوعة بهذا الايداع . فاذا أودعت الصحيفتان فى نفس التاريخ فيجب النظر الى تاريخ الجلسة الأولى أمام كل من المحكمتين (٢) . وليس للمحكمة أن تقضى بالاحالة من تلقاء نفسها ، وانما تقضى بها بناء على دفع (٣) يقصر القانون المصرى التمسك به على المدعى عليه (١١٢ مصرى) . وعلى المدعى عليه ابداء هذا الدفع مع الدفوع الاجرائية الغير متعلقة بالنظام العام قبل ابداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول (مادة ١/١٠٨) .

واذا توافرت شروط الاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين ، ودفع بها المدعى عليه فى الوقت المناسب ، تعين على المحكمة المقدم اليها الدفع أن تقضى بالاحالة دون أية سلطة تقديرية . ذلك أنه بسبق رفع الدعوى أمام محكمة أخرى تصبح غير مختصة بالدعوى ، فقضاؤها بقبول الدفع والاحالة نتيجة لازمة لعدم الاختصاص .

ووفقا للمادة ٣/١١٢ مرافعات مصرى « تلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها » . ومفاد هذا النص :

(أ) أن المحكمة التى تنظر الدفع بالاحالة تقرر بشأن اختصاص المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أولا ، فهى لا تحيل اليها اذا كانت غير مختصة .

---

(١) موريل : بند ٣٠١ ص ٢٥٤ .

(٢) زانزوكى : جزء اول بند ٩١ ص ٢٨٤ . فاذا حدث ، وكانت الجلستان فى نفس اليوم ، فعندئذ يمكن التمسك بالدفع امام أى من المحكمتين . دونو فريو : جزء أول بند ١٢٠ ص ٩٢ .

(٣) نقض مدنى ١ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢ — ٩١٩ — ١٦٠ .

(ب) أنه اذا أحالت المحكمة الدعوى الى المحكمة التى رفعت اليهـا الدعوى أولا ، فان هذه الأخيرة تلتزم بالقـرار المتعلق باختصاصـها بالدعوى ، بالنسبة لمسألة اختصاصها (١) •

واذا قضت المحكمة بالاحالة ، فعليها أن تحدد للخصوم الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة التى أحيلت اليها الدعوى • وعلى قلم الكتاب اخبار الخصوم الغائبين عند صدور قرار الاحالة بذلك بكتاب مسـجل بعلم وصول (مادة ١١٣) •

١٩٠ ـ تنازع الاختصاص : على خلاف الصورة السابقة التى تفترض قيام ذات الدعوى أمام محكمتين مختصتين أصلا بها ، قد يحدث أن تقام الدعوى أمام محكمتين احداهما مختصة والأخرى غير مختصة ويقوم التنازع بينهما على الاختصاص • وهذا التنازع ـ كما هو الحال بالنسبة للتنازع على الولاية ـ قد يكون ايجابيا بأن تقرر كل من المحكمتين اختصاصها بنفس الدعوى ، وقد يكون سلبيا بأن تقرر كل من المحكمتين عدم اختصاصها • وقد يصل التنازع الايجابى الى حد صدور حكمين متناقضين فى نفس الدعوى • ويفترض تنازع الاختصاص أن نكون بصدد نفس الدعوى ، وأن يكون الحكمان صادرين من محكمتين تتبعان جهة المحاكم • فلا يكفى صدورهما من دائرتين تابعتين لنفس المحكمـة (٢) • ومن ناحية أخرى ، فان التنازع بين محكمتين تتبعان جهتين مختلفتين يعتبر تنازعا فى الولاية وليس تنازعا فى الاختصاص •

---

(١) يلاحظ ان عبارة المادة ٣/١١٢ من ان « تلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها » لا تعنى ما قد يبدو من ظاهرها ، اذ هذا الالتزام لا يتعلق الا بمسألة اختصاصها ، فهى تستطيع الا تنظر الدعوى بسبب بطلان صحيفتها او انعدام الصفة لدى المدعى عليه او غير ذلك من الاسباب التى تتعلق بالاختصاص . انظر ما سبق بند ١٨٨ .

(٢) الهيئة العامة للمواد المدنية بمحكمة النقض ١٨ يناير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٥ ـ ١ . (ولو كانت احدى الدائرتين مخصصة لنوع معين من القضايا كما هو الحال بالنسبة لدائرة الاحوال الشخصية) .

ولم يضع المشرع المصرى تنظيما خاصا لحل تنازع الاختصاص ، فترك أمره لقواعد الطعن فى الحكم الصادر بالاختصاص أو بعدم الاختصاص أو فى الحكم الصادر على خلاف حكم سابق • وفى هذا الصدد يجب ملاحظة أن الحكم الصادر بالاختصاص أو بعدم الاختصاص لا حجية له أمام محكمة أخرى • ولهذا فانه لا يمنعها من الحكم بما يخالف الحكم السابق • فلا مانع من صدور حكم من المحكمة باختصاصها بدعوى معينة ، ثم صدور حكم تال من محكمة أخرى باختصاصها بنفس الدعوى • ولا يستثنى من هذا الا حالة صدور حكم من المحكمة بعدم اختصاصها وبالاحالة الى المحكة المختصة ، وفقا للمادة ١١٠ • فالمحكمة المحالة اليها الدعوى تلتزم — وفقا لنص هذه المادة — بالحكم الصادر باختصاصها • وهو ما يؤدى الى ندرة حالات التنازع السلبى للاختصاص فى العمل •

القسم الثالث

الخصومة القضائية

مقدمة

١٩١ ـ تعريف الخصومة : يقصد بالخصومة (١) الحالة القانونية التى تنشأ منذ رفع الدعوى الى القضاء (٢) ، كما يقصد بها مجموعة الأعمال التى ترمى الى تطبيق القانون فى حالة معينة بواسطة القضاء . فالخصومة ـ بهذا الاعتبار الأخير ـ هى أداة تطبيق القانون بواسطة القضاء ، وبعبارة أخرى أداة تحقيق الحماية القضائية (٣) . ويجب التفرقة بين اصطلاحى الخصومة والقضية . فالقضية هى الطلبات التى يراد بالخصومة عرضها على القاضى وتحقيقها والفصل فيها .

١٩٢ ـ الخصومة عمل قانونى مركب : تعتبر الخصومة وحدة قانونية متكاملة ، ولكن المشكلة هى فى تحديد أساس هذه الوحدة . وفى الفقه القديم كانت الخصومة تصور بأنها عقد أو شبه عقد بين أطرافها . ولكن هذه الفكرة تلاشت منذ زمن بعيد ، وأصبح الفقه الحديث مجمعا على أن الخصومة ليست لها الطبيعة التعاقدية (٤) ونقتصر هنا على عرض النظرية التى نأخذ بها كأساس لوحدة الخصومة (٥) .

---

(١) procès أو instance

(٢) محمد حامد فهمى : بند ٤١٢ ص ٤٥٨ ، رمزى سيف : بند ٤٠٦ ص ٥١٢ .

(٣) الفريدو روكو : الحكم المدنى ـ مشار اليه بند ٩ ص ٢١ . وتعرف محكمة النقض الخصومة اخذا بهذا الاعتبار بانها « مجموعة الاعمال الاجرائية التى يطرح بها الادعاء على القضاء ويتم بها تحقيقه والفصل فيه » نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق) .

(٤) بالرمو : مشار اليه ص ٧٤ ـ ٧٥ . فنسان : بند ٣٦٣ ص ٤٦١ .

(٥) من أهم النظريات الحديثة نظرية كيوفندا وهو يرى أن الخصومة رابطة قانونية واحدة (كيوفندا ـ نظم جزء ول بند ١٧ ص ٤٨) . وفى شرح النظرية بالتفصيل نظرية البطلان ـ للمؤلف ـ بند ١١ ص ٣٦ .

فالخصومة تجد أساس وحدتها فى أنها عمل قانونى واحد مركب (١) .

ويوجد عمل قانونى مركب اذا كانت هناك نتيجة قانونية لا يمكن لعمل منفرد أن يرتبها وحده ، بل يجب أن يتضافر فى سبيلها أكثر من عمل (٢) . ويميز الفقه من الاعمال المركبة نوعا يسمى بالعمل التتابعى . وهذا العمل يتكون من عدة أعمال تتتابع زمنيا ومنطقيا بحيث يعتبر العمل السابق منها مفترضا قانونيا ومنطقيا للعمل الذى يليه ، وتؤدى جميعا الى انتاج أثر قانونى واحد يعتبر أثرا مباشرا للعمل النهائى ، ولكن هذا العمل النهائى لايستطيع وحده أن ينتجه بل تشترك الاعمال السابقة فى ذلك عن طريق غير مباشر (٣) . ويمكن اعطاء أمثلة لفكرة العمل التتابعى فى فروع القانون المختلفة . فالتشريع يعتبر عملا تتابعيا (تقديم مشروع — اقرار المشروع من البرلمان .. الخ) ، وكذلك القرار الادارى فى بعض الاحوال .

ونرى أن فكرة العمل التتابعى تنطبق تماما على الخصومة . فالخصومة عمل تتابعى واحد يتكون من عدة أعمال يقوم ببعضها الخصوم وممثلوهم ويقوم ببعضها الآخر القاضى وأعوانه . وهذه الاعمال تتتابع فيما بينها تتابعا زمنيا ومنطقيا ، بحيث يبدو كل عمل منها مفترضا للعمل اللاحق . وهى ان أنتجت آثارا خاصة بها فانها كلها تجتمع لانتاج أثر نهائى ، هو ما ينتجه العمل النهائى منها — وهو الحكم — من آثار . فهذه الآثار تعتبر آثارا مباشرة للحكم القضائى ، ولكنها تعتبر أيضا آثارا غير مباشرة لما سبق الحكم من أعمال . ذلك أن الحكم لا يوجد وحده بغير أعمال الخصومة السابقة عليه فلا يصلح وحده لانتاج آثاره .

١٩٣ — تأصيل وتقسيم : تتميز الخصومة كعمل قانونى مركب ، بأنها عمل قانونى مجرد . بمعنى أنها تبدأ وتسير وتنتهى ، سواء بحكم

---

(١) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان — للمؤلف — بند ١٧ ص ٤٧ وما بعدها . وانظر نقدا لها فى : وجدى راغب — مبادىء ص ١٥ . وفى رايه أن الخصومة ليست عملا قانونيا مركبا ولكنها شكل للعمل القضائى .

(٢) Gasparri: Studi sugli atti giuridici complessi, 1939, no. 15.

(٣) قارن : جاسبارى : مشار اليه بند ١٨ ص ٤٠ .

قضائى يفصل فى الدعوى أو بغير حكم فيها ، بصرف النظر عن وجــود الحق فى الدعوى • وبالتالى بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعى أو المركز القانونى الذى تحميه الدعوى (١) • وعلة هذا أن الخصومة من الناحية الفنية انما ترمى الى التحقق من وجود الحق فى الدعوى ، أو عدم وجوده • فاذا تبين وجوده صدر الحكم بقبول الدعوى ومنح الحماية المطلوبة ، واذا تبين عدم وجوده صدر الحكم برفض الدعوى • فوجود الخصــومة صحيحة لا علاقة له بشروط الحق فى الدعوى التى سبقت دراستها • ولهذا فاننا ندرس الخصومة بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود الحق فى الدعوى أو الحق الموضوعى •

ومن ناحية أخرى فاننا نبنى دراستنا للخصــومة على أساس فكرة الخصومة كعمل قانونى واحد • فالخصومة كعمل قانونى مركب تتكون من أعمال قانونية متعددة يقوم بها أشخاص متعددون تتجه نحو هدف نهائى واحد • وتبدأ الخصومة بمجرد بدء أول عمل فيها ، وتستمر بتتابع الاعمال المكونة لها وفقا لنظام معين فرضه القــانون أى وفق اجراءات معينة • وتكون الخصومة منذ بدئها صحيحة بصحة المطالبة القضائية ، وهو أول عمل اجرائى فيها • وتتابع سيرها ما دامت الاعمال المكونة لها تتم صحيحة وفقا للنظام القانونى •

ولان كل عمل من أعمال الخصومة ينتج ــ الى جانب مشاركته فى الاثر النهائى ــ آثارا قانونية خاصة به ، فان دراسة علمية للخصومة يجب أن تتناول أمرين : الأول : دراسة الاعمال القانونية المكونة للخصومة • وهذه هى نظرية العمل الاجرائى • الثانى : دراسة تتابع هذه الاعمال على النحو الذى فرضه القانون لتحقيق الهدف المشترك منها ، أى دراسة اجراءات الخصومة •

على أنه لما كانت أعمال الخصومة تتم بواسطة أشخاص معينين ، فاننا قبل دراسة هذين الامرين نبدأ بدراسة أشخاص الخصومة •

---

(١) اتاردى : المصلحة فى الدعوى : مشار اليها ص ٤٩ ــ ٥٠ .

الباب الأول

اشخاص الخصومة (١)

الفصل الأول

الخصوم

مقدمة

١٩٤ ـ تعريف الخصم (٢) : الخصم هو من يقدم باسمه طلبا الى القاضي للحصول على حماية قضائية أو من يقدم فى مواجهته هذا الطلب(٣). فاذا قدم الطلب نيابة عن شخص أو وجه الطلب الى شخص باعتباره نائبا عن غيره، فان الخصم هو الاصيل وليس النائب. وترتبط فكرة الخصم بتقديم طلب الحماية القضائية باسم شخص وذلك بصرف النظر عما اذا كان من قدم الطلب باسمه هو صاحب الحق أو المركز القانونى الموضوعى المطلوب حمايته أم لا، وما اذا كانت له صفة فى الدعوى أمام ليس له صفة. كذلك الأمر بالنسبة لمن يقدم ضده الطلب، فهو يعتبر خصما بصرف النظر عما اذا كان هو الطرف السلبى فى الحق فى الدعوى. ولهذا لا يعتبر خصما المالك على الشيوع الذى لا يشترك فى تقديم الطلب بشأن الملكية. وعلى العكس يعتبر خصما من يقدم طلبا منازعا فى الملكية ولو لم يكن هو المالك. وتحديد فكرة الخصم على هذا النحو يتسق مع استقلال الخصومة عن كل من

---

(١) يعتبر من أشخاص الخصومة أيضا القاضي. ولكننا سبق دراسة كل ما يتعلق بالقاضي فى قسم مستقل، لاهميته، ولأنه يتعلق بتنظيم قانونى تفترض الخصومة القضائية وجوده.

(٢) انظر دراسة تفصيلية لفكرة الخصم : وجدى راغب مبادىء ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٣) انظر كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٤ ص ٢١٣ ـ ٢١٥. زانزوكى: جزء أول بند ١١٢ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٦. ميكلى : جزء أول بند ٤٩ ص ١١٧. نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١٤٢٧ ـ ٢٤٢.

الحق الموضوعي والحق في الدعوى • فاذا لم يكن الشخص قد وجه طلبا أو وجه اليه طلب فلا يعتبر خصما ولو كان ماثلا في الخصومة (١) •

١٩٥ — المدعى والمدعى عليه : يفترض كل طلب بالحماية أمام القضاء خصمين من يقدمه ومن يوجه اليه • ويسمى الأول المدعى ، والثانى المدعى عليه • وبغير مدع ومدعى عليه لا توجد خصومة مدنية ، ولهذا يسميان بالطرفين الاصليين في الخصومة • ويلاحظ أن الذى يميز المدعى ليس فقط أنه من يقدم الطلب وانما يميزه أنه من يقدم طلبا يتضمن رفع دعوى معينة (٢) • ولهذا اذا تقدم شخص بدعوى دين معين ، فتقدم من وجه اليه الطلب بطلب سماع شهود فانه يبقى مدعا عليه ، وعلى العكس اذا تقدم بطلب ثبوت دين له في ذمة المدعى واجراء المقاصة القضائية ، فان المدعى عليه في الطلب الأول يعتبر — بالنسبة لطلبه — الذى يتعلق بدعوى [illegible] عن الدعوى محل الطلب الأول — مدعيا • ويعتبر من يوجه اليه الطلب مدعا عليه ، بصرف النظر عن موقفه في الخصومة ، فهو كذلك سواء حضر أو لم يحضر ، وسواء حضر وقدم دفاعا أو دفعا للطلب الموجه اليه أم لم يفعل (٣) •

ومن المهم تحديد ما اذا كان الخصم مدعيا أو مدعا عليه • فمركز المدعى يختلف عن مركز المدعى عليه ، وذلك من النواحى التالية (٤) :

١ — يتحدد الاختصاص المحلى كقاعدة عامة بالنظر الى موطن المدعى عليه •

٢ — يتحمل المدعى — عادة — عبء الاثبات •

٣ — المدعى في دعوى الحق لا يستطيع رفع دعوى الحيازة ، وعلى العكس فان المدعى عليه في دعوى الحق يمكنه رفع دعوى الحيازة •

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٢٢٣ — ١٦٨ •
(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٥ ص ٢٠٥ — ٢٠٦
(٣) ليبمان : جزء أول بند ٧٢ ص ١٤٤ •
(٤) زانزوكى : جزء أول بند ١٢٤ ص ٣٠٦ — ٣٠٧ •

٤ ــ يراعى المدعى عليه بالنسبة لقواعد الحضور والغياب (انظر المادتين ٨٤ ، ٨٥ مرافعات) .

٥ ــ المدعى عليه هو آخر من يتكلم (١٠٢ مرافعات) .

١٩٦ ــ سلطات واعباء الخصوم (١) : اذا توافرت صفة الخصم فى شخص ، فانه يكون فى مركز قانونى معين يمده ببعض السلطات الاجرائية ، وهى سلطات تتميز بأنها لمصلحة صاحبها ، له استعمالها أو عدم استعمالها ، فهو لا يجبر على استعمالها ، ولا يتحمل جزاء لعدم استعمالها . وهذه السلطات قد تستمد من مجرد صفة الخصم دون أن ترتبط بمركز اجرائى محدد . ومثالها سلطة تقديم وقائع متعلقة بالقضية . وقد تكون مستمدة من مركز اجرائى معين فى الخصومة فلا يكفى لاكتسابها صفة الخصم ، وعندئذ يطلق عليها ــ تمييزا لها عن النوع الأول ــ بالحق الاجرائى . ومثاله الحق فى الطعن ، اذ لا يكون الا للمحكوم عليه .

على أن السلطة الاجرائية ترتبط عادة فى الخصومة بعبء على صاحبه . ويوجد عبء اذا حدد القانون سلوكا يجب على الشخص اتباعه اذا أراد تحقيق هدف معين لمصلحته . وهكذا مثلا اذا أراد المحكوم عليه أن يستعمل حقه فى الطعن ، فان عليه أن يسلك طريق الطعن المسموح له به فى الشكل الذى قرره القانون . وهذا العبء ليس التزاما بالمعنى الصحيح . فالمحكوم عليه ــ فى هذا المثال ــ يستطيع الا يطعن فى الحكم ، فلا يقع عليه واجب احترام الشكل القانونى . على أن الخصومة تعرف التزامات بالمعنى الصحيح . ويوجد الالتزام الاجرائى اذا أمر القانون خصما باتباع سلوك معين لاشباع مصلحة للغير مضحيا بمصلحته الخاصة . ومثالها البارز التزام الخصم بدفع ما يحكم عليه من مصاريف الخصومة .

---

(١) انظر : ليبمان : جزء اول بند ٨٣ ص ١٦١ . زانزوكى : جزء اول ص ٣٣٩ . كوستا : بند ١٤٨ ص ١٨٠ . ميكيلى : جزء اول : بند ٦٧ ص ٣٣ . وجدى راغب : مبادىء ص ٢٣٦ وما بعدها .

١٩٧ ـ الخلافة فى الخصومة : قد تكتسب صفة الخصم بالخلافة (١)• ولأن الخصومة ليست سوى أداة للحصول على قضاء يحمى مركزا قانونيا موضوعيا ، فان الخلافة فيها انما تكون انعكاسا للخلافة بالنسبة لهذا المركز • وهذه الخلافة قد تكون خلافة عامة أو خلافة خاصة •

١ ـ الخلافة العامة : وتحدث بموت الخصم ، أو بانقضاء شخصيته القانونية كما فى حالة تصفية الشركة أو حل احدى الجمعيات • ويترتب على واقعة الموت أو الانقضاء أن الخلف يأخذ مكان السلف فى الخصومة، سواء بصفته مدعيا أو مدعا عليه (٢) • فاذا كان الخلفاء العامون متعددين، أخذوا صفة الاطراف المتعددين •

٢ ـ الخلافة الخاصة : لمعرفة أثر الخلافة الخاصة ، يجب التفرقة بين فرضين (٣) :

(أ) أن تكون الخلافة الخاصة بتصرف بين الاحياء ، كما لو حدث بيع للمال محل النزاع • عندئذ ليس للتصرف أثر بالنسبة للخصومة ، اذ تستمر هذه بين الأطراف الاصليين • فلا يترتب على الخلافة بالنسبة للمركز القانونى الموضوعى خلافة بالنسبة لمركز الطرف فى الخصومة (٤)•

(ب) أن تكون الخلافة الخاصة بتصرف مضاف الى ما بعد الموت (الوصية) • وعندئذ تستمر الخصومة ، ولكن ليس فى مواجهة الطرف الاصلى ، وقد توفى ، ولا فى مواجهة الخلف الخاص ، اذ هذا الخلف

---

(١) ساتا : بند ٨٥ ص ١٣٥ ـ ١٣٦ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٦٢ ص ٤٩٤ ليبمان : جزء اول بند ٧٢ ص ١٤٥ .

(٢) وذلك الا اذا كانت الرابطة الموضوعية محل الخصومة مما تتعلق بشخص الخصم وذلك كمافى حالة روابط الاسرة او حق الاستعمال، وعندئذ لا يترتب على الوفاة اية خلافة . ولاتستمر الخصومة الا بفرض تقرير عـدم الخلافة فيها وانتهائها . (انظر : دونوفريو : جزء اول بند ٣٠٠ ص ٢٢٢) .

(٣) ساتا : بند ٨٦ ص ١٢٦ ـ ١٢٧ . كيوفندا : بند ٣٦٢ ص ٤٩٥ .

(٤) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق . (للبائع الطعن فى الحكم الصادر ضده فى دعوى صحة التعاقد ولو كان قد باع ذات المبيع الى مشتر اخر) .

انما ينتقل اليه المال محل الوصية دون الدعوى المتعلقة به ، وانما تستمر الخصومة فى مواجهة الخلف العام للموصى (الوارث أو الورثة) اذ هو الذى يخلف الموصى فى مركزه القانونى ، وبالتالى فى مركزه كطرف فى الخصومة .

ونتيجة لما تقدم ، فان الخلف الخاص — فى الفرضين — لايصبح بالخلافة طرفا فى الخصومة .

المبحث الاول
اهلية الخصوم وتمثيلهم

١٩٨ — اهلية الاختصام والأهلية الاجرائية (١) : لكى يمكن أن يكون الشخص طرفا فى خصومة ، يجب أن تتوافر فيه أهلية الاختصام . وتتوافر هذه الاهلية لدى كل من تتوافر لديه أهلية الوجوب . وفى القانون الحديث لكل انسان حى ، وكذلك الاشخاص المعنوية ذات الشخصية القانونية (٢) . ويستوى أن يكون الشخص وطنيا أو أجنبيا .

---

(١) أنظر : ليبمان : جزء أول بند ٦٦ ص ١٣٤ — ١٣٥ ، زانزوكى : جزء اول بند ١٥٣ ص ٣٣٣ . سوليس وبيرو : جزء اول بند ٢٨٣ ص ٢٦٢ وما بعدهما . موريل : بند ٣١٦ ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٢) على أنه يلاحظ ان الجماعة التى ليس لها شخصية معنوية ، وان كان مسلما انه ليس لها اهلية اختصام كمدعيه فان لها اهلية اختصام كمدعى عليها . فيمكن مقاضاتها فى شخص ممثليها . وقد دعت الى هذه التفرقة الاعتبارات العملية حتى لا تتخلص مثل هذه الجماعة من التزاماتها التى ترتبت بالفعل على أساس انه ليس لها الشخصية القانونية . (أنظر : سوليس وبيرو : جزء أول ص ٢٦٥ — ٢٦٨) . ومن ناحية اخرى ، فان القانون قد يعترف بنص خاص بأهلية الاختصام لمن ليس له الشخصية الاعتبارية . ومثالها المادة ٨٦٦ /٢ مدنى التى تخول أهلية الاختصام لاتحاد ملاك الطبقات . (انظر : وجدى راغب — مبادىء ص ٢٥٣) . وقد حكم بأن المدرسة الخاصة ليست لها اهلية الاختصام ، والدعاوى لا ترفع منها أو ضدها ، ولكن ترفع من صاحبها او ضده باعتباره هو الخصم . (نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٨٨٥ — ١٥٦) .

فاذا رفعت الدعوى نيابة عن شخص توفى قبل رفعها أو ضد هذا الشخص ، فان الخصومة لا تبدأ • ويكون رفع الدعوى باطلا [١] • فاذا صدر حكم فيها • فهو حكم باطل بطلانا لا يقبل التصحيح • فلا يحوز حجية الأمر المقضى [٢] • ويأخذ حكم الشخص الطبيعى المتوفى ، الشخص المعنوى الذى تزول شخصيته قبل رفع الدعوى • كالشركة التى تدمج فى غيرها اذ يترتب على الدمج انقضاء الشركة المندمجة [٣] •

على أن أهلية الاختصام ليست كافية للقيام بالأعمال الاجرائية فى الخصومة • فالى جانب أهلية الاختصام ، يجب أن تتوافر الأهلية الاجرائية وهى تسمى أحيانا أهلية التقاضى ، ويقصد بها صلاحية الخصم للقيام بعمل اجرائى سواء باسمه أو فى مصلحة الآخرين • وتتوافر الأهلية الاجرائية لدى كل من تتوافر لديه أهلية الأداء بالنسبة للحق المطلوب حمايته [٤] • ولهذا فانه فى القانون المصرى تتوافر الأهلية الاجرائية كقاعدة لمن يبلغ سنه واحدا وعشرين عاما • وسواء كانت الأهلية للاختصام أو للقيام بالأعمال الاجرائية فانها يجب أن تستمر طوال الخصومة [٥] •

والشخص الذى لديه أهلية الاختصام ولا تتوافر لديه الأهلية الاجرائية ، يقوم من ينوب عنه قانونا (الولى أو الوصى أو القيم) بتمثيله فى الخصومة • والممثل القانونى ليس طرفا فى الخصومة ولكنه يمثل

---

(١) ولو كان المدعى يجهل وفاة المدعى عليه . ولا يصحح ذلك أى اجراء كاعلان الورثة بعد ذلك . (نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ١٦٠٦ لسنة ٤٩ ق) .

(٢) ويمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه . انظر : نظرية البطلان للمؤلف بند ٣٥١ ص ٦٢٨ . وجدى راغب : مبادىء ص ٢٥٠ . نقض مدنى ١٤ — ٢ — ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ ق .

(٣) ويجب عندئذ اختصام الشركة الدامجه وحدها دون الشركةالمندمجة . (نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٢٨٠ — ٢٢٢) .

(٤) نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٢١٢ ص ٣٩٣ .

(٥) نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٨٢٣ — ١١٦ .

الخصم . ومن ناحية أخرى ليس لهذا الممثل صفة فى الدعوى ، فصفته تكون فقط صفة فى الخصومة باعتباره ممثلا للخصم .

ويلاحظ أن سلطة الممثل القانونى قد تختلف فى الخصومة عنها بالنسبة لابرام التصرفات القانونية . ويرجع هذا الى أن رفع الدعوى لا يعتبر تصرفا قانونيا . هذا فضلا عن أن رفع الدعوى قد يقيد بميعاد معين أو بظروف تقتضى العجلة مما يجعل التأخير ضارا بناقصى الأهلية (١) . وتطبيقا لهذه الفكرة تنص المادة ١٢/٣٩ من قانون الولاية على المال فى مصر على أنه يمكن للوصى أن يرفع الدعاوى التى يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له ، دون اذن من المحكمة .

وقد تقوم الحاجة لتعيين ممثل خاص ينوب عن ناقص الأهلية بالنسبة لخصومة معينة (٢) . ويمكن أن يحدث هذا فى صورتين :

(ا) ألا يكون لناقص الأهلية ممثل قانونى ، ويراد رفع الدعوى عليه .

(ب) أن يكون هناك تعارض فى المصالح بين ناقص الأهلية ومن يمثله قانونا . وتقتصر سلطة الممثل الخاص على القيام بالأعمال الاجرائية فى الخصومة ، وتلقى ما يوجه اليه من أعمال من الطرف الآخر . فلا تمتد سلطته الى الرابطة القانونية محل الخصومة .

ويجرى الفقه والقضاء (٣) فى مصر على عدم اشتراط توافر الأهلية أمام القضاء المستعجل . وذلك من ناحية لأن الحكم المطلوب يكون حكما وقتيا لا يمس الموضوع ، ومن ناحية أخرى لأن شرط الاستعجال يتنافى

---

(١) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٥٩١ ص ٢٦٩ . وجدى راغب : مبادىء ص ٢٥٥ .

(٢) انظر المادة ٣٣ من قانون الولاية على المال فى مصر .

(٣) راتب ونصر الدين كامل : جزء اول ص ١٦٢ وما بعدها . جميعى : ص ٢٧٨ . مصر الكلية — مستعجل — ١٤ ديسمبر ١٩٣٧ — المحاماة ١٨ — ٥١٥ — ٢٦٤ .

مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانونى من وقت • على أن هذا الاستثناء يقتصر على الأهلية الاجرائية دون أهلية الاختصام ، فهذه يجب توافرها أيضا فى الخصومة المستعجلة •

ومن ناحية أخرى ، من المقرر توافر الأهلية الاجرائية — رغم عدم توافر أهلية الاداء — بالنسبة لدعاوى الحيازة ، باعتبارها لا تحمى حقا موضوعيا وانما مجرد مركز قانونى • فلا تشترط فيها أهلية الأداء التى تشترط بالنسبة للتصرف فى الحق • ونفس الأمر بالنسبة للدعاوى التى لا ترفع بطبيعتها الا ممن لا تتوافر فيه أهلية الأداء مثل طلب رفع الحجر (١) •

ويلاحظ أنه يجب فى العمل الاجرائى ، على خلاف الأعمال القانونية الخاصة الصادرة من جانب واحد ، ليس فقط أن يقوم به خصم أهل أو ممثل تمثيلا قانونيا صحيحا ، بل أيضا أن تتوافر هذه الأهلية فى الخصم الآخر الموجه اليه العمل أو الذى يعلن به (٢) • وعلة هذه القاعدة هى حماية ناقص الأهلية الذى يعلن بعمل اجرائى يؤثر فى مصالحه ، وهو فى وضع لا يتمكن فيه من الدفاع عنها • على أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، فلا تسرى حيث لا يحتاج الخصم الآخر لهذه الحماية • ولهذا فانه اذا كان العمل الاجرائى لمحض مصلحة الخصم الآخر ، فلا تشترط الأهلية الا فيمن أصدر العمل • ومثال هذا الاقرار القضائى (٣) •

---

(١) انظر : وجدى راغب — مبادىء ص ٢٥٦ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٨٨ — ٢٠٦ ومن واجب الخصم مراقبة ما يطرا على أهلية خصمه أو ما يطرا من تغيير فى ممثله القانونى . فاذا حدث أثناء الخصومة ان اصبح المدعى عليه مثلا كامل الاهلية ، فعلى المدعى توجيه الاجراءآت التالية له بدلا من توجيهها الى ممثله القانونى الذى يفقد صفته فى النيابة عنه قانونا . (انظر: نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٨٢٣ — ١١٦) .

Redenti : Profili pratici del diritto processuale civile, 2 a ed. 1930 p. 317.

ويترتب على عدم توافر الأهلية أو التمثيل القانونى ، بطلان العمل الاجرائى (١) • وهو بطلان لا يتعلق بالشكل ، ولا يخضع للمادة ٢٠ مرافعات (٢) •

١٩٩ ــ صفة الوارث فى تمثيل التركة : القاعدة الشرعية هى أن الوارث ينوب عن التركة نيابة قانونية فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها • وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المبدأ فى أحكام كثيرة وجاء فى حكم حديث لها أنه « اذا كان النزاع منصبا على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها الى الورثة وهى أمور لا تحتمل المغايرة ولا يتأتى أن تختلف باختلاف الورثة فان الوارث يكون نائبا عنها وعن سائر الورثة بوكالة قانونية أساسها وحدة التركة واستقلالها عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة » (٣) •

ومفهوم ما تقدم أن أحد الورثة ينوب وحده عن التركة اذا كانت الدعوى مرفوعة فى شأن يتعلق بالتركة قبل سداد الديون وأيلولتها للورثة، اذ التركة عندئذ تعتبر فى حكم ملك المتوفى غير قابلة للتجزئة • أما اذا كانت الدعوى تتعلق بنصيب أحد الورثة ، فانه عندئذ يعمل لحسابه بنفسه ولا يقوم نائبا عن غيره (٤) •

---

(١) ويعتبر متعلقا بالنظام العام . انظر : نظرية البطلان ــ للمؤلف ص ٤٨٩ وما بعدها . فاذا تعلق الامر برفع الدعوى ، كان رفع الدعوى باطلا ، وبالتالى غير مقبول من الناحية الاجرائية (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ١١٨٩ ــ ٢٠٦) .

(٢) نظرية البطلان للمؤلف ــ بند ٢٠٦ ص ٣٨٥ ــ ٣٨٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٩٠٧ ــ ١٤٧ . نقض مدنى ٣ ــ ٥ ــ ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٤٣ ق . وقد قضى بأن انتصاب الوارث ممثلا للتركة لا يجوز ــ فى اعتراضه على قائمة شروط البيع على أساس ملكيته هو وباقى الورثة للارض المنفذ عليها ــ الا اذا اشار الى تمثيله للتركه ، فان لم يفعل تعتبر الدعوى مرفوعة منه وحده . ولا يحوز الحكم الصادر ضده حجية ضد باقى الورثة .

(٤) نقض مدنى ١١ ابريل ١٩٣٥ فى الطعن رقم ٧٠ لسنة ٤ قضائية مشار اليه فى مدونة الفقه والقضاء ــ جزء أول ص ٢٠٥ بند ١٧٧ .

والواقع أنه من الصعب التسليم بمثل هذه النيابة فى ظل القانون الحديث . ذلك أن التركة لا تعتبر شخصا قانونيا يمكن أن يكون طرفا فى الخصومة أو ينوب عنه غيره . ومن ناحية أخرى ، فلو كان أحد الورثة يعتبر نائبا قانونيا عن التركة لوجب القول بأن من يعتبر خصما هو التركة وليس الوارث ، وأن كلا من الورثة الآخرين تكون له هذه النيابة القانونية . فاذا صدر حكم ضد الوارث الماثل فى الخصومة ، كان حكما ضد التركة ، وكان لأى وارث آخر - ولو لم يمثل فى الخصومة - الطعن فى الحكم نيابة عن التركة . كما أن هذا الحكم يكون حجة على الوارث غير الماثل فى الخصومة باعتباره حكما على التركة . وهى نتائج يصعب التسليم بها بصفة مطلقة وتؤدى الى فتح الباب للتواطؤ بين الغير وأحد الورثة أضرارا ببقيتهم .

وباستقراء نصوص قانون المرافعات يتضح بجلاء أن هذا القانون لم يعتبر أحد الورثة نائبا عن التركة أو عن بقية الورثة بل تطلب اختصام جميع الورثة دون أن يكتفى بواحد منهم . ومن ناحية أخرى ، فان قانون المرافعات عندما يتكلم عن الوارث لا يعتبره نائبا عن خصم وانما يعتبره هو الخصم [1] ، [2] .

(١) انظر المواد ١٣٥ و ٢١٧ و ٢٨٤ من قانون المرافعات .

(٢) ولهذا نرى محكمة النقض رغم اخذها بقاعدة تمثيل احد الورثة لم تستطع أن تساير منطقها الى النهاية. فقررت ان الوارث الذى لم يظهر فى الخصومة يعتبر من الغير بالنسبة للحكم الصادر فيها . (نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٤٩ فى الطعنين رقمى ٤٦ ٤٧ س ١٧ قضائية - مشار اليه فى مدونة الفقه والقضاء - جزء أول ص ٢١٢ بند ١٧٨ - وانظر نقض : مدنى ٣ - ٥ - ١٩٧٨ - فى الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٤٣ ق) . كما قضت محكمة النقض انه اذا كان النزاع ينصب على عناصر التركة ومقوماتها قبل ايلولتها الى الورثة ، وبالتالى غير قابل للتجزئة ، واختصم جميع الورثة فى الدعوى ، فانه يجب اختصامهم جميعا فى الاستئناف المرفوع عن الحكم ولا يكفى اختصام البعض منهم فقط ، اذ لا يصح فى صورة الدعوى المطروحة اعتبار المطعون عليهم نائبين عمن لم يختصم فى الطعن باعتبارهم جميعا الورثة لان هؤلاء الاخرين كانوا ماثلين فى الدعوى الى أن صدر الحكم المستأنف . ولا ينوب حاضر فى الطعن عمن كان حاضرا مثله فى الخصومة التى صدر فيها ذلك الحكم . (نقض ضرائب ٢٩ يناير ١٩٨٠ - الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق) . وانظر أيضا نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ =

ونرى أن الحل الذى تمليه قواعد القانون الحديث (١) هو على النحو التالى :

١ — اذا كانت الدعوى دعوى الزام يرفعها الدائن لمطالبة الورثة بدين على مورثهم ، فانها يمكن أن توجه ضد أحد الورثة ، فالوارث الواحد له صفة سلبية فى هذه الدعوى . ولا يلزم اختصام باقى الورثة . وليس أساس هذا الحل أن الوارث المدعى عليه يمثل باقى الورثة ، بل أساسه أن كل وارث يلتزم بديون التركة فى حدود نصيبه فيها (٢) . والحكم الصادر فى الدعوى يكون حجة بين أطرافه وفقا للقواعد العامة . ولا يجوز الطعن فيه الا ممن صدر ضده فليس للورثة الذين لم ترفع الدعوى عليهم الطعن فى هذا الحكم ولو صدر ضد الوارث المدعى عليه .

٢ — اذا كانت الدعوى دعوى الزام يرفعها الوارث للمطالبة بدين للتركة ، فقد تكفلت نصوص القانون المدنى ببيان الحل . فوفقا للمادة ٣٠٢ من المجموعة المدنيـــة يجب التفرقة بين الالتزام القابل للانقســـام والالتزام غير القابل له . فاذا كان الالتزام غير قابل للانقسام ، فانه يجوز

= فى الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق . (نفس المبدا بالنسبة للورثة المحكوم لهم . وقد قضت انه اذا انفرد أحـد الورثة بالطعن فـان الواجب على الطاعن — وفقا للمادة ٢/٢١٨ — اختصام باقى الورثة المحكوم لهم فى الطعن) .

(١) وهو ينطبق دون القاعدة الشرعية الخـاصة بانتصاب الوارث خصما عن التركة اذ لم يأخذ بها القانون المصرى . فضـلا عن أن هـذه القاعدة ليست نتيجة حتمية لقاعدة لا تركه الا بعد سداد الديون أو لاتباع الشريعة الاسلامية بالنسبة للمواريث .

(٢) انظر : اسماعيل غانم : أحكام الالتزام ص ٢٧٢ هامش ١ مشار اليه فى : السنهورى — الوسيط جزء ثالث ص ١٩٣ هامش ٢ . فالدين لا ينقسم على الورثة ولو كان بطبيعته يقبل الانقسام . (السنهورى : الوسيط جزء ثالث ص ٣٨٣ هامش ١ و ص ٣٨٨) . ووفقا للمادة ٣٠١ مدنى (اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام ، كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا » . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة يضيف « .. وكذلك يكون الحكم بالنسبة لورثة كل مدين » . ولكن النص حذف اكتفاءبما تقرره أحكام الشريعة الاسلامية من عدم قسمة الدين على الورثة (السنهورى المرجع السابق ص ٣٨٣ هامش ١) .

« لكل وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا » • أما اذا كان الالتزام بطبيعته يقبل الانقسام ، فانه ينقسم على الورثة • وليس لوارث أن يطالب بالحق بأكمله ، فلا صفة له فى هذه الدعوى • وانما يكون له فقط أن يطالب بنصيبه فى الحق • ولا تمنع قواعد الشريعة الاسلامية « من انقسام حقوق التركة على الورثة » (١) •

فاذا صدر الحكم فى دعوى رفعها أحد الورثة بشأن التزام يقبل الانقسام ، فان الحكم لا يحتج به على الورثة الذين لم يكونوا طرفا فى الخصومة التى انتهت بهذا الحكم • وليس لأيهم الطعن فيه •

أما اذا صدر الحكم فى دعوى رفعها أحد الورثة بشأن التزام لايقبل الانقسام ، فان الحكم الصادر عليه لا يكون حجة ضد الورثة الذين لم يكونوا أطرافا فى الخصومة (٢) ، وعلى العكس فان الحكم الصادر لمصلحة الوارث المدعى يستفيد منه باقى الورثة ولو لم يمثلوا فى الخصومة (٣) •

٣ — اذا كانت الدعوى دعوى تقريرية متعلقة بالتركة قبل قسمتها كما لو تعلقت بتحديد عناصرها أو مقوماتها ، فانها باعتبارها دعوى تقريرية متعلقة بمال واحد قبل قسمته يجب أن يختصم فيها جميع الورثة • فليس لأحد الورثة رفعها وحده ، كما أنها اذا رفعت من الغير فانه يجب عليه رفعها على جميع الورثة • فاذا لم يختصم جميع الورثة ، كانت الدعوى غير مقبولة •

٤ — ونفس الأمر بالنسبة للدعوى التقريرية أو الدعوى المنشئة التى تتعلق بعقد أبرمه المورث ، كالدعوى بصحة عقد أبرمه المورث مع الغير أو ببطلانه (٤) ، أو فسخه •

---

(١) السنهورى — الوسيط جزء ثالث ص ٣٩٩ •

(٢) عكس هذا : السنهورى — الوسيط جزء ثالث ص ٤٠٤ •

(٣) السنهورى : الوسيط جزء ثالث ص ٤٠٤ •

(٤) انظر : نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٣ ق • و ٢٢ مارس ١٩٧٧ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ — عدد ٣ ص ٢٢٠ رقم ٢٢ •

٢٠٠ ـ الوكالة بالخصومة : لا يلتزم الخصم ، سواء كان مدعيا أو مدعا عليه بالحضور بنفسه أمام المحكمة بل يجوز له أن ينيب عنه وكيلا للحضور عنه يكون وكيله فى الخصومة (١) ، وفى كثير من الخصومات أصبحت الوكالة بالخصومة اجبارية • فلم يعد الخصم يستطيع القيام بنفسه هو أو ممثله القانونى ببعض الاعمال الاجرائية أو حضور بعض الخصومات ، بل يجب أن يفعل هذا بواسطة محام وكيل عنه • وعندئذ يعتبر العمل الذى يقوم به الخصم دون الاستعانة بوكيل فى الخصومة باطلا (٥٨ من قانون المحاماة) • ويكون البطلان متعلقابالنظام العام (٢) • فاذا حضر الخصم حيث يجب آن يمثله وكيل بالخصومة ، فان حضوره لا يعتد به ويعامل كما لو كان غائبا (٣) •

وفى القانون المصرى يجب وجود وكالة بالخصومة ، مالم يوجد نص خاص مخالف ، فى الحالات التالية :

١ ـ أمام المحاكم الابتدائية والجزئية : لايجوز تقديم صحف الدعاوى أو الاستئناف أو طلبات استصدر أوامر الاداء الى المحاكم الابتدائية الا اذا كانت موقعة من محام مقبول أمامها • ولا يجوز تقديم صحف الدعاوى أو طلبات استصدار أوامر الاداء الى المحاكم الجزئية اذا تجاوزت قيمة الدعوى أو الطلب خمسين جنيها مصريا ما لم تكن موقعة من محام (٥٨من قانون المحاماة) •

٢ ـ لا يقبل الاستئناف أمام محاكم الاستئناف العليا الا اذا كان موقعا على صحيفته من محام مقبول للمرافعة أمام محاكم الاستئناف (٣٧و ٥٨ من قانون المحاماة) • فان لم توقع كان الاستئناف باطلا •

---

(١) على انه لا تجوز الفضالة فى الخصومة : نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٨٢٩ ـ ١١٧ و ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١١٨٩ ـ ٢٠٦ .

(٢) فللمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها . (نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ١١٨ ـ ١٧٦) ، ويمكن الدفع به لاول مرة ولو امام محكمة الاستئناف (نقض مدنى ٨ ابريل ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٤٨٦ ـ ٧٧) .

(٣) كوستا : بند ١٢٥ ص ١٥٥ .

٣ ـ أمام محكمة النقض : لا يجوز التقرير بالطعن بالنقض الا من محام مقيد بجدول المحامين أمام محكمة النقض والا حكم بعدم قبول الطعن • ويجب أن تكون صحيفة الطعن موقعة من محامى نقض ، ولا يجوز للخصم الحضور أو المرافعة بنفسه أمام [illegible] (٤١ و ٥٨ من قانون المحاماة و ٢٥٣ مرافعات) •

ويلاحظ أنه أمام محكمة النقض يمتنع على الخصوم ليس فقط التقرير بالطعن أو توقيع صحيفة النقض ، وانما أيضا الحضور أو القيام بأى اجراء أمامها (١) (٤١ من قانون المحاماة) • وذلك على عكس الحال بالنسبة لمحاكم الاستئناف العليا أو المحاكم الابتدائية أو الجزئية (فى النطق السابق بيانه) ، فالممنوع فقط هو التوقيع على صحيفة الاستئناف أو الدعوى • فيمكن للخصوم الحضور أمامها بأنفسهم •

وسواء كانت الوكالة بالخصومة وجوبية أو جوازية ، فانه يجب ـ كقاعدة عامة ـ أن يكون الوكيل محاميا (٧٢ مرافعات و ٣ محاماة) • ويكون الأمر كذلك سواء كانت الخصومة أمام احدى المحاكم العادية أو أمام هيئة للتحكيم أو أمام محكمة استثنائية (٣/١ محاماة) • وضرورة الاستعانة بمحام ، أى بشخص مثقف ثقافة قانونية يعمل بمهنة المحاماة وينتمى الى تنظيم مهنى معين هى نقابة المحامين (٢) ، يرجع الى عدة

---

(١) نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ٩٢١ ـ ١٤٧

(٢) **تنظيم مهنة المحاماة** : يتولى قانون خاص هو قانون المحاماة (قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ معدلا بالقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤) تنظيم مهنة المحاماة ، فيبين شئون المحامين النقابية والشروط الواجب توافرها للاشتغال بالمحاماة ، وحقوق وواجبات المحامين . ويجب ان يكون المحامى مقيدا بجدول المحامين . ويشترط للقيد فى هذا الجدول ان يكون طالب القيد مصريا ، وان يكون حاملا لليسانس حقوق ، كامل الاهلية ، محمود السيرة حسن السمعة ، لم تصدر ضده احكام جنائية او تاديبية بسبب ماس بالشرف او الامانة او الاخلاق ولم يعتزل وظيفته لهذا السبب ، وليس عضوا فى نقابة مهنية اخرى ، والا يشغل عملا مما تنص عليه المادة ١٤ من قانون المحاماة (مادة ١٣) .

والاصل ان يبدا المحامى بالقيد فى جدول المحامين تحت التمرين (مادة ٢١) . ويقضى فترة التمرين ومدتها سنتان بمكتب محامى استئناف او =

اعتبارات : فمن ناحية ، الخصوم عادة ليس لديهم معرفة بالقانون وبفن الاجراءات وخاصة بعد تشعب فروع القانون بتشعب مشاكل المجتمع . فالاستعانة بمحام تمكن الخصم من الدفاع عن وجهة نظره بفاعلية أكثر . ومن ناحية أخرى ، حضور الخصوم بأنفسهم أمام القضاء يدخل فى القضية سلوكا عاطفيا قد يضر بالسير المنتظم للوظيفة القضائية . فالمحامون يستطيعون بما يتوافر لديهم من ثقافة وخبرة معاونة القاضى فى أداء رسالته فى تطبيق القانون (١) . ولا يكفى توكيل أى محام بل يجب أن يكون المحامى الموكل مقبولا للمرافعة أمام المحكمة الموكل للحضور أو لاتخاذ الاجراء أمامها . فلا يجوز مثلا توكيل محام مقيد فى جدول المقبولين أمام محكمة الاستئناف فى قضية أمام النقض (٢) . (٣) . ويرتب القانون البطلان صراحة جزاء لهذه المخالفة بالاضافة الى مسئولية المحامى التأديبية والمدنية . (٧٦ محاماة) .

نقض (١٢ و ٢٤) . وللمحامى تحت التمرين أن يترافع فى السنة الثانية من تمرينه باسمه أمام المحاكم الجزئية وباسم المحامى الذى يتمرن بمكتبه امام المحاكم الابتدائية . ولكن ليس له ان يفتح مكتبا باسمه (مادتان ٢٦و٢٧) . فاذا أمضى فترة التمرين وحضر ثلاثين جلسة على الأقل ، كما وأظب على حضور المحاضرات التى تعطى للمحامين تحت التمرين كان له الحق فى طلب قيده بجدول المحامين امام المحاكم الابتدائية والادارية (انظر المواد ٣١ وما بعدها من قانون المحاماة) . فاذا عمل بالمحاماة خمس سنوات على الاقل منذ قيده بهذا الجدول ، كان له أن يطلب قيد اسمه بجدول المحامين أمام محكمة الاستئناف ومحكمة القضاء الادارى (مادة ٧٥) . فاذا عمل بالمحاماة عشر سنوات على الاقل امام محاكم الاستئناف ومحكمة القضاء الادارى وكان له ابحاث او مذكرات او فتاوى قانونية مبتكرة فان له ان يقدم طلبا للقيد فى جدول محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا (مادة ٣٩) . وينظم الباب الثانى من قانون المحاماة حقوق المحامين وواجباتهم . (المواد ٤٧ وما بعدها) .

(١) ليمان : جزء اول بند ١٤٠ ص ٦٩ . موريل : بند ٢٣٦ ص ٢٢٧ .

(٢) على انه يكفى ان يكون المحامى مقبولا امام المحكمة عند اتخاذ الاجراء ، ولو لم يكن مقبولا أمامها عند توكيله فى ذلك (نقض مدنى ٣٥ يونيو ١٩٥٩ — مجموعة النقض ١٠ — ٥٥٢ — ٨٤) .

(٣) وقد حكم بأنه يكفى لتحقيق الغاية من توقيع محام على صحف الدعاوى والطعون توقيعه على اصل الصحيفة أو صورتها ، ومن ثم فان خلو الصورة من التوقيع لا يترتب عليه البطلان (نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ٤٨ ق) .

على أنه رغم أهمية هذه الاعتبارات ، فحيث لا تكون الوكالة بالخصومة اجبارية ، يمكن للخصم أن يوكل شخصا غير محام ، ووفقا للقانون المصرى يجب أن يكون هذا الشخص زوج الموكل أو من أقاربه أو أصهاره الى الدرجة الثالثة ، كما يجب أن توافق المحكمة على هذه الوكالة (مادة ٧٢ مرافعات) ، فاذا كان الوكيل الذى اختاره الخصم يعمل قاضيا أو من رجال النيابة العامة أو العاملين فى المحاكم ، فلا تصح الوكالة الا اذا كان الموكل زوجه أو من أصوله أو فروعه الى الدرجة الثانية (مادة ٢/٨١ مرافعات). هذا ولو كانت الدعوى محل الوكالة أمام محكمة غير التى يعمل بها .

ووفقا لقانون ادارة قضايا الحكومة (١) ، تمثل هذه الادارة الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية أمام القضاء (٢) . أما الهيئات العامة التى تباشر مرافق الدولة ، وشركات القطاع العام التى يكون الغرض الأساسى منها هو ممارسة نشاط تجارى أو صناعى أو زراعى أو مالى ، وكذا المؤسسات الصحفية فلا تمثلها ادارة قضايا الحكومة (٣) . بل يمثلها

---

(١) قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ (نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٨٠ فى ١٢ اغسطس ١٩٦٣) — مادة ٦ . ويجوز للادارة التعاقد مع محام لمباشرة دعوى خاصة بالحكومة او المصالح العامة او المجالس المحلية أمام المحاكم الاجنبية .

(٢) ولا حاجة الى تفويض خاص لادارة قضايا الحكومة فى كل قضية على حدة (نقض عمال ٢٢ نوفمبر ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٤٨ق.)

وقد استقرت محكمة النقض على انه لا حاجة لصحة صحيفة الدعوى او صحيفة الطعن المرفوعة من ادارة قضايا الحكومة نيابة عن هذه الهيئات الى توقيع محامى الحكومة عليها . (نقض عمال ٢٢ نوفمبر ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٤٨ ق . ١٩٨١/٤/١٩ فى الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٤٧ ق . و ١٩٨١/١/١١ فى الطعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٧ ق . و ١٩٨٠/٥/١٧ فى الطعن رقم ٩٨١ لسنة ٤٩ ق .) . وذلك على أساس أن نص قانون المحاماة يخرج عن نطاقه ما تباشره ادارة قضايا الحكومة من دعاوى اذ لا يخضع عملها لقانون المحاماة .

(٣) ولهذا فان توقيع محامى ادارة القضايا على صحيفة طعن مرفوعة من احدى الشركات يجعل الطعن باطلا . وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه . (نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٠١ — ١٧٣ و ٧ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٣٠ — ١٧٩) . وذلك ما لم تصدر الشركة تفويض خاصا لادارة قضايا الحكومة لتمثيلها فى قضية معينة وفقا لاحكام القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ فى رفع الدعوى أو الطعن (نقض عمال ٢١ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٥٩٤ لسنة ٣٤ ق .) .

محاموها الخاصون بها والذين يعملون فى اداراتها القانونية (١) (٨ من قانون المحاماة) •

٢٠١ — **عقد الوكالة بالخصومة** : هو الاتفاق الذى يتم بين الخصم (أو ممثله القانونى أو الاتفاقى) وبين وكيله — محاميا أم غير محام — لأجل تمثيله أمام القضاء (٢) • ورغم ارتباط العقد بالخصومة ، فانه لايعتبر من أعمالها • ولهذا فانه يخضع لقواعد الوكالة فى القانون المدنى (٣) ، مع ما قد ينص عليه المشرع من قواعد فى قانون المرافعات أو قوانين خاصة كقانون المحاماة •

ويجب أن تكون الوكالة خاصة بالخصومات (مادة ٧٠٢ مدنى) فلا تكفى الوكالة التى ترد بألفاظ عامة دون ذكر العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل • على أنه يمكن أن تكون الوكالة بالخصومة عامة تتناول مختلف الخصومات ، كما يمكن أن تكون خاصة بخصومة معينة ، أو بمرحلة فيها مثل الطعن بالاستئناف ، أو بعمل اجرائى معين مثل تقديم ادعاء بالتزوير فى خصومة قائمة • (مادة ٧٧ من قانون المحاماة) • واذا أنصب التوكيل على عمل اجرائى ، انحصرت سلطة الوكيل فى القيام به • أما اذا كان التوكيل عاما يشمل أية خصومة أو كان خاصا بخصومة معينة أو بمرحلة فيها فان الوكيل تكون له سلطة القيام بجميع الاعمال الاجرائية اللازمة لبدء الخصومة — أو المرحلة فيها — ومتابعتها ، واتخاذ الاجراءات التحفظية ، واعلان الحكم الصادر فيها وغير ذلك مما يلزم لتحقيق الهدف

---

(١) ووفقا للمادة ٨ من قانون المحاماة ، لا يجوز لهؤلاء مزاولة اى عمل من أعمال المحاماة المنصوص عليها فى هذا القانون لغير الجهات التى يعملون بها والا كان العمل باطلا . وبهذا النص على البطلان عدل المشرع عما كان مستقرا فى تفسير نص المادة ٥٥ من قانون المحاماة السابق . وهو ان مخالفة هذا الحظر لا تعدو أن تكون مخالفة مهنية تضع المخالف تحت طائلة الجزاء الادارى ، ولاتنال من صحة العمل الذى قام به المحامى متى تم وفقا للأوضاع التى ينص عليها القانون . (نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٧٩ — الطعن رقم ٨٥ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) زانزوكى : جزء أول بند ٨ ص ٣٨٦ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٣٠ ص ٢٤٧ .

من الوكالة طبقا لطلبات موكله . ولا يستثنى من هذه الأعمال الا مايتطلب فيه القانون تفويضا خاصا بالعمل ومثالها الاقرار بالحق المدعى به أوالصلح أو التحكيم أو ترك الخصومة أو النزول عن طريق طعن (أنظر المادتين ٧٥ و ٧٦ مرافعات) . على أن المحامي يحتفظ بحريته فى تكييف الدعوى الموكل فيها وفى عرض الاساليب القانونية طبقا لاصول الفهم القانونى السليم (٧٧ قانون المحاماة) وللمحامى — سواء كان خصما أصليا أو وكيلا فى دعوى — أن ينيب عنه فى الحضور أو فى المرافعة أو فى أى اجراء من اجراءات الخصومة محاميا آخر — تحت مسئوليته — دون توكيل (١). وذلك ما لم يكن المحامى وكيلا ، وكان فى سند توكيله ما يمنعه من توكيل غيره (٧٨ مرافعات و ٥٦ محاماة) (٢) . فاذا تعدد الوكلاء بالخصومة ، جاز لأى منهم الانفراد بالعمل فى القضية ما لم يكن ممنوعا من ذلك بنص فى التوكيل (مادة ٧٧ مرافعات) . هذا ولو كانوا قد عينوا فى عقد وكالة واحد (٣) .

ويجب أن تكون الوكالة سابقة على الاعمال الاجرائية التى يقوم بها الوكيل بالخصومة . فالاعمال التى تتم بواسطة محام لم يوكل سابقا تعتبر باطلة . ولكن هذا البطلان ترد عليه الاجازة ، وتثبت الاجازة اما بتحرير الوكالة ولو بعد القيام بالاجراء الموكل فيه (٤) أو بحضور الخصم مع

---

(١) فيعفى المحامى المنيب من اصدار توكيل خاص الى المحامى النائب عنه . ولا يلتزم هذا الأخير بتقديم سند وكالته . وحسبه أن يقرر — على مسئوليته — نيابته عن زميله المحامى . (هيئة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض ٤ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٢ — ٢) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٩٢١ — ١٤٧ .

(٣) وهذا النص يعتبر استثناء على القاعدة العامة التى تنص عليها المادة ٢/٧٠٧ مدنى من انه اذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص بانفرادهم فى العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين . (انظر : السنهورى : الوسيط — جزء رابع — المجلد الاول بند ٢٥٩ ص ٤٧٦ وما بعدها) .

(٤) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٤٧ — ١٧٠ و ١٩٧٧/١٢/١٤ فى الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٤ ق .

المحامى واقراره بالوكالة (١) ولو ضمنا بعدم انكاره لهـا (٢) • ولأن الوكالة يجب أن تكون سابقة ، فالاصل أن يثبت المحامى وكالته قبل القيام بالعمل الموكل به ، ولكن تيسيرا له يجوز تقديم وكالته السابقة فيما بعد • ووفقا للمادة ٥٧من قانون المحاماة « لايلتزم المحامى الذى يحضر عن موكله بمقتضى توكيل عام أن يودع التوكيل بملف الدعوى • ويكتفى بالاطلاع عليه واثبات رقمه وتاريخه والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة » • فان كان التوكيل خاصا فانه — بمفهوم المخالفة لهذه المادة — يلتزم بايداعه ملف الدعوى •

وعلى المحكمة التأكد من ثبوت الوكالة من تلقاء نفسها (٣) • وقد استقر قضاء النقض على أنه متى أرشد المحامى الحاضر عن أحد الخصوم عن رقم توكيله ، ولم ينازع خصمه فى ذلك أمام محكمة الموضوع فليس له أن يثير هذه المنازعة لاول مرة أمام محكمة النقض (٤) •

وتنتهى الوكالة بالخصومة بالاسباب العادية لانتهاء الوكالة بصـفة عامة (مادة ٧١٤ وما بعدها مدنى) • على أنه حماية لخصم الموكل ، تنص المادة ٨٠ مرافعات على أنه « لا يحول اعتزال الوكيل أو عزله دون سير الاجراءات فى مواجهته الا اذا أعلن الخصم بتعيين بدله أو بعـزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسه » •

ويلاحظ أن الكلام عن وكالة بالخصومة لا يعنى أن العلاقة التى تربط المحامى بالخصم هى دائما علاقة وكالة • فالواقع أنها لا تكون كذلك ألا عندما يعهد الخصم للمحامى بالقيام بعمل قانونى مثل رفع الدعـوى أو استئناف أو طعن بالنقض (٥) • أما حيث تكون مهمة المحامى هى تقديم المشورة القانونية أو الدفاع عن الخصم المدعى عليه ، أو تمثيل المدعى فى

---

(١) نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٥٩ — مجموعة النقض ١٠ — ٣١٢ — ٤٧
(٢) نقض مدنى ٢ ابريل ١٩٥٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٩٢١ — ٤٧
(٣) موريل : بند ٢٢٦ ص ٢٧٠ — ٢٧١ .
(٤) نقض مدنى ١/٢٤ ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ١٠١٨ لسنة ٤٨ ق .
(٥) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٩٤٤ ص ٧٨٧ .

الدعوى والمرافعة فيها (١) ، فهو لا يعتبر وكيلا ، اذ هذه الاعمال لاتعتبر أعمالا قانونية . على أنه اذا عهد الى المحامى بأعمال قانونية وأخرى مادية ، فالراجح هو تغليب صفته كوكيل واخضاعه لاحكام الوكالة (٢) . وهذا هو الاعتبار الذى ترجحه نصوص كل من قانون المرافعات وقانون المحاماة . وأيا كان العمل الذى يقوم به المحامى فى الخصومة ، فلا خلاف فى أن المحامى لا يعتبر طرفا فى الخصومة . فالطرف هو الخصم الذى يمثله المحامى (٣) . ولهذا يجب على المحامى عندما يقوم بعمل قانونى نيابة عن موكله أن يبين ليس فقط اسمه وانما أيضا اسم من ينوب عنه ، كما يجب عليه عند حضوره فى الجلسة أن يقرر أنه يحضر « عن موكله » (مادة ٧٣ مرافعات) .

ويستحق المحامى أتعابا ممن وكله من الخصوم عما قام به من أعمال تدخل مباشرتها فى نطاق مهمته (المادة ٨٢ وما بعدها من قانون المحاماة) (٤) .

المبحث الثانى
تعدد الخصوم
المطلب الاول
التعدد عند بدء الخصومة

قد يتعدد الخصوم ــ سواء كمدعين أو كمدعى عليهم ــ عند بدء الخصومة . وهذا التعدد قد يكون اختياريا وقد يكون اجباريا :

---

(١) وهذه هى المهمة التى يتولاها المحامون فى فرنسا . وقد اختلف الفقه فى العلاقة التى تربط المحامى بمن يمثله ، والرأى الراجح أن العقد عقد مقاولة Louage d'ouvrage فالمحامى يتعهد بالقيام بمهمة معينة مقابل أتعاب محددة فى مصلحة الخصم دون أن يكون تابعا له (أنظر من هذا الرأى : سوليس وبيرو : جزء أول ٩٤٤ ص ٧٨٩) .

(٢) السنهورى : الوسيط جزء سابع المجلد الاول بند ٤ ص ٢٠ ــ ٢١ نقض مدنى ١٩٨٠/٢/٦ ــ الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٦ ق .

(٣) كيوفندا : جزء ثان بند ٢٣٠ ص ٢٤٦ ــ ٢٤٧ .

(٤) انظر بالنسبة لاتعاب المحاماة وطلب تقديرها : قانون القضاء المدنى ــ للمؤلف ــ جزء أول ١٩٧٣ ــ بند ٢٥٥ ص ٦٢٤ وما بعدها .

٢٠٢ ـ ١ ـ التعدد الاختيارى : ويتم ذلك عندما يكون للمدعى بدء خصومة واحدة ضد أكثر من شخص أو يكون للمدعين بدء خصومة واحدة ضد شخص واحد أو أكثر . ويمكن القول أنه يجوز بدء خصومة واحدة رغم تعدد الدعاوى فى حالتين :

(أ) الارتباط بين دعويين (١) : فحيث يوجد ارتباط مما يجيز جمع الدعاوى فى خصومة واحدة لو بدأت على استقلال ، فانه يمكن رفع الدعوى ابتداء بالنسبة لها باجراءات واحدة (٢) . وتقدير هذا منوط بمحكمة الموضوع لا معقب عليه لمحكمة النقض (٣) .

(ب) وحدة المسألة المثارة : اذا كان الفصل فى دعويين يتوقف ــ ولو جزئيا ــ على نفس المسألة القانونية . فيمكن رفعهما معا ولو لم يوجد ارتباط بينهما بالمعنى الصحيح . ومثال ذلك ، أن يقوم مستأجرو شقق فى مبنى واحد برفع دعاوى على مؤجر المبنى يطالبون بتخفيض الاجـرة استنادا الى نفس القاعدة القانونية ، فلهم عندئذ بدء خصومة واحدة . وفى هذه الحالة ــ على خلاف حالة الارتباط ــ لا تأثير لوحدة المسألة المثارة على قواعد الاختصاص . فلا يجوز بدء خصومة واحدة اذا كان يترتب على جمع الدعاوى مخالفة قواعد الاختصاص (٤) .

فاذا لم يتوافر الارتباط أو وحدة المسألة المثارة ، فلا يقبل الجمع بين دعويين فى خصومة واحدة . وعلى المحكمة عندئذ أن تقضى بالفصل بين الدعويين لتنظر كل منهما فى خصومة مستقلة ولها أن تحكم بعـدم قبول الدعويين من الناحية الاجرائية لعدم رفع كل منهما على استقلال(٥).

---

(١) أنظر فى معنى الارتباط وامثلة عليه : ما سبق بند ١٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ مارس ١٩٣١ ــ المحاماة ١٥ ــ ٢ ــ ٥٤٢ ــ ٢٥٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩ فبراير ١٩٤٢ ــ المحاماة ٢٣ ــ ٨٧ ــ ٤٧ .

(٤) ميكيلى : جزء أول بند ٥٤ ص ١٩٣ .

(٥) وجدى راغب : مبادىء ص ٢٧٠ .

٢٠٣ — ٢ — التعدد الاجبارى : ويعتبر التعدد اجباريا اذا لم يترك التعدد لاختيار الخصوم ، فالدعوى لا يفصل فيها الا فى مواجهة أطراف متعددين (١) . ولهذا فان الصفة فى الدعوى — سواء ايجابية أو سلبية — تكون لعدة أشخاص معا لا لشخص واحد . ويتحقق هذا اذا تعلقت الخصومة برابطة قانونية موضوعية واحدة متعددة الاطراف ، أو برابطة واحدة ذات طرفين ، ولكن الدعوى رفعت بشأنها من الغير أو على الغير . ومن أمثلة الصورة الاولى الدعوى بين شركاء متعدين فى شركة . ومثال الصورة الثانية : الدعوى التى يرفعها شخص من الغير على الزوجين ببطلان الزواج (٢) . على أن التعدد لايكون اجباريا بالنسبة لجميع الدعاوى المتعلقة بمثل هذه الروابط القانونية ، وانما يوجد هذا التعدد فى حالتين :

(أ) اذا نص القانون على ذلك ، بأن ينص على وجوب اختصام جميع أطراف الرابطة الموضوعية فى الخصومة (٣) . ومن أمثلته دعوى قسمة المال الشائع ، اذ يجب أن ترفع على جميع الشركاء (٨٣٦/مدنى)(٤) ودعوى الشفعة اذ يجب أن ترفع على البائع والمشترى .

(ب) حيث لا نص ، يكون التعدد اجباريا بالنسبة لكل من الدعوى التقريرية والدعوى المنشئة دون دعوى الالزام . وعلة هذا أنه لا يتصور تقرير رابطة واحدة (الدعوى التقريرية) أو تغيير هذه الرابطة (الدعوى المنشئة) الا فى مواجهة جميع أطراف هذه الرابطة (٥) . ومن أمثلة هذه الدعاوى : دعوى تقرير أو نفى حق ارتفاق لصالح — أو على — عقار

---

(١) ردنتى : جزء ثان بند ٦٥ ص ٨ .

(٢) ليبمان : جزء أول بند ٧٥ ص ١٤٨ .

(٣) على ان القانون قد ينص على اختصام اشخاص معينين ، دون أن يتعلق الامر برابطة قانونية واحدة . فلا يكون التعدد اجباريا بالمعنى الذى نقصده . ولا تترتب اثاره . ومثالها دعوى استرداد المنقولات المحجوزة اذ يجب ان ترفع على المدين والحاجزين . (مادة ٣٩٤ مرافعات) .

(٤) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٦٤ — ٢٦

(٥) انظر : ميكيلى : جزء أول بند ٥٤ ص ١٩٥ .

شائع اذ يجب أن ترفع من — أو على — جميع الملاك على الشيوع . دعوى بطلان عقد أو صوريته اذ يجب أن توجه الى جميع أطراف العقد .

فاذا رفعت دعوى يجب فيها التعدد دون اختصام من يجب اختصامه فان الدعوى تكون غير مقبولة ، لانعدام الصفة (١) . فالمدعى الواحد حيث يجب تعدد المدعين لا صفة له وحده ، كذلك لا صفة للمدعى عليه وحده حيث يجب تعدد المدعى عليهم (٢) . فالدعوى تعتبر مرفوعة من — أو على — غير ذى كامل الصفة . على أنه وفقا للمادة ١١٥ مرافعات « اذا رأت المحكمة ان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لاعلان ذى الصفة ويجوز لها فى هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تجاوز خمسة جنيهات » . وعلى هذا فانه اذا كان يجب رفع الدعوى على أكثر من شخص ، ورفعت على واحد فقط فانه يعتبر غير ذى كامل الصفة ويمكن اعمال هذه المادة (٣) . فاذا لم يتم اعلان باقى ذوى الصفة خلال المهلة التى حددتها المحكمة ، فان على المحكمة عندئذ الحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام كامل الصفة . وينطبق نص المادة ١١٥ فقط عند انتفاء كامل صفة المدعى عليه ، وليس عند انتفاء كامل صفة المدعى . ولهذا اذا تعلق الامر بدعوى يجب رفعها من متعددين ، فان رفعها من واحد فقط يجعلها غير مقبولة . وليس هناك مجال لاعمال المادة ١١٥ مرافعات .

٢٠٤ — آثار التعدد : اذا تحقق التعدد — اختياريا أو اجباريا — فان الخصومة تبقى واحدة رغم هذا التعدد . ويترتب على هذه الوحدة ما يلى (٤) :

---

(١) ويكون الامر كذلك اذا رفعت باطلة بالنسبة للبعض (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٨٩ — ٢٠٦) .

(٢) قارن : وجدى راغب — مبادىء ص ٢٧١ — ٢٧٢ . وهو يرى ان الامر يتعلق بعيب فى الاجراءات فى الدعوى .

(٣) أحمد أبو الوفا : المستحدث فى قانون المرافعات الجديد — الاسكندرية سنة ١٩٦٨ ص ١٠٦ .

(٤) انظر : كوستا : بند ١٢٢ ص ١٦٢ — ١٦٣ .

١ ـ تبدأ الخصومة بصحيفة دعوى واحدة ، على أن تتعدد صورها بتعدد المدعى عليهم .

٢ ـ يكفى نشاط خصم واحد لسير الخصومة ، ولمنع سقوطها ، أو انقضائها بمضى المدة ، بالنسبة لجميع الخصوم . واذا وقفت الخصومة فانه يكفى تعجيلها من أحد الخصوم .

على أن التعدد الاجبارى والتعدد الاختيارى يختلفان فى بعض الآثار . وأساس هذا الاختلاف أن الدعوى فى التعدد الاجبارى دعوى واحدة لا تقبل التجزئه . أما فى التعدد الاختيارى فالامر يتعلق بدعاوى مختلفة . ويترتب على ذلك :

١ ـ فى التعدد الاجبارى ، ليس للخصوم تقديم طلبات مختلفة . ولا تكون لهم الحرية الا بالنسبة لما يمكن أن يقدمونه من دفوع ووسائل دفاع .

٢ ـ فى التعدد الاختيارى ، يمكن للمحكمة الفصل فى الدعاوى على نحو مختلف (١) . كما يمكن الفصل فيها معا أو الفصل فيها تباعا حسب انتهاء التحقيقات بشأنها . ولا يجوز هذا فى التعدد الاجبارى .

٣ ـ اذا كان التعدد اجباريا ، فان الخصومة لا تنتهى الا بالنسبة للجميع ، اما أن كان اختياريا فانها يمكن أن تنتهى بالنسبة للبعض فقط لسبب خاص به كما لو نزل أحد المدعين عن دعواه أو ترك الخصومة ، أو تقرر اخراج أحد الخصوم .

المطلب الثانى
التعدد بعد بدء الخصومة

تمهيد وتقسيم : يمكن أن يتحقق التعدد بعد بدء الخصومة فى صورتين (٢) الأولى : جمع قضايا قائمة فى خصومة واحدة بحيث يؤدى

---

(١) ليبمان : جزء أول بند ٧٦ ص ١٥١ .

(٢) وهناك صورة ثالثة وهى وفاة أحد الخصوم تاركا عدة ورثة ، اذ يعتبرون اطرافا متعددين فى نفس مركز مورثهم .

هذا الجمع الى تعدد الخصوم • ويكون الجمع فى الحالات التى يكون فيها ارتباط بين الدعاوى • وقد سبق دراسة هذه الصورة • الثانية : دخول شخص من خارج الخصومة فيها بعد بدئها • وهو ما يعرف بالتدخل فى الخصومة •

وينقسم التدخل الى نوعين : تدخل اختيارى يتم بناء على ارادة الغير ، ويسميه القانون المصرى اختصارا بالتدخل على أساس أن لفظ التدخل بذاته يعنى الاختيار • وتدخل جبرى ، ويسميه القانون المصرى اختصام الغير على أساس أن هناك تناقضا بين لفظى التدخل وهو يعنى الاختيار ، والجبرى وهو يعنى الجبر (١) •

وينطبق على التدخل أيا كان نوعه — باعتباره طلبا عارضا — ما سبق بيانه من قواعد تتعلق باختصاص محكمة الطلب الاصلى بالطلبات العارضة •

اولا : التدخـل الاختيـارى

وينقسم الى : تدخل اختصامى ، وتدخل انضمامى بسيط ، وتدخل انضمامى مستقل •

٢٠٥ — ١ — التدخل الاختصامى : هو تدخل شخص من الغير فى خصومة قائمة لكى يتمسك فى مواجهة أطرافها بحق خاص به مرتبط بهذه الخصومة أو بمحلها (٢) • ومثاله أن تكون هناك خصومة حول ملكية عقار معين بين أ ، ب فيأتى ج ويتدخل فى هذه الخصومة طالبا ملكية هذا العقار لنفسه • حقيقة أن الحكم الذى يحتمل صدوره بين أ ، ب حول الملكية لن يكون حجة على ج ، ولكن القانون يجيز لـ ج التدخل لكى يتوقى ما قد يصيبه من ضرر واقعى من جراء صدور حكم حول الملكية • وأيضا لتفادى ازدواجا غير ضرورى للخصومة ، اذ لو لم يتدخل فانه سيضطر الى رفع دعوى خاصة به تتعلق بملكية نفس العقار • فالتدخل

---

(١) رمزى سيف : بند ٢٩٧ ص ٣٤٨ — ٣٤٩ .

(٢) قرب : زانزوكى : جزء أول بند ١٣١ ص ٣١٣ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٨ ص ٢٢٠ .

يؤدى الى الاقتصاد فى الاجراءات ، كما يؤدى الى توقى ما يحتمل من تعارض بين الاحكام (١) .

ويفترض التدخل الاختصامى :

١ — أن يكون المتدخل من الغير ممن لا يهمهم التقرير القضائى الذى قد تنتهى به الخصومة (٢) . ولهذا فانه لا يجوز لمن كان طرفافىالخصومة(٣)، أو خلفا خاصا أو عاما لاحد أطرافها التدخل . كما أنه ليس لمن كان ممثلا فى الخصومة بغيره أن يتدخل فيها ، اذ لا يعتبر من الغير بالنسبة لهـا .

٢ — أن تكون الخصومة قائمة . فلا يجوز التدخل اذا كانت الخصومة قد انتهت قبل التدخل لاى سبب . ويمكن التدخل فى الخصومة أمام محكمة أول درجة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، بشرط أن يطلب التدخل قبل قفل باب المرافعة (مادة ١٢٦/٢) وذلك حتى لا يترتبعلى التدخل تأخير الفصل فى الدعوى الاصلية . على أنه لا يجوز التدخل الاختصامى سواء أمام محكمة ثانى درجة (٢٣٦/٢ مرافعات) (٤) أو أمام محكمة النقض (٥) . .

٣ — أن يطالب المتدخل بحق خاص به فى مواجهة طرفى الخصومة . فاذا كان المتدخل لا يطالب بحق خاص به ، وانما يريد الدفاع عن حـق أحد طرفى الخصومة ، فان التدخل لا يعتبر اختصاميا ، ولو كان للمتدخل مصلحة فى حماية هذا الحق الاخير . ومن ناحية أخرى ، يجب أن يكون

---

(١) ليبمان : جزء اول بند ٧٨ ص ١٥٣ .

(٢) انظر فى تحديد هذا الغير ما سبق بند ٩٨ .

(٣) مصر الابتدائية : مستعجل — ١٥ يناير ١٩٤١ — المحاماة ٢١ — ٦٤٧ — ٢٧٩ .

(٤) نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٠٤٥ — ١٥٥ .

(٥) موريل : بند ٣٧٢ ص ٣٠٤ . ووفقا للمادة ٢٦٠ مرافعات مصرى لمن كان خصما فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض ولم يعلن ان يتدخل فى قضية الطعن . ولكن هذا لا يعتبر تدخلا بالمعنى الصحيح اذ المتدخل هنا ليس من الغير .

الحق محل مطالبة المتدخل مطالبا به فى مواجهة طرفى الخصومة • ويحدث هذا اذا كان المدعى يطالب المدعى عليه بحق ما عينيا أو شخصيا ، فيأتى الغير مطالبا لنفسه بنفس هذا الحق ، أو يأتى الغير مطالبا بنفس الاداء الذى يطلبه المدعى ولو كان يستند الى حق مختلف عن الحق الذى يطالب به المدعى (١) • مثال الصورة الاولى أن يطالب المدعى بملكية عين ، ويطالب المتدخل بالملكية لنفسه • ومثال الصورة الثانية أن يطلب المدعى من المدعى عليه تسليمه عقارا باعتباره مالكا له ، فيأتى المتدخل ويطالب بتسليم العقار له باعتباره مستأجرا له • كذلك يتصور التدخل الموجه الى الخصمين ولو كان المتدخل لا يطالب بنفس الحق أو الاداء • ومثاله أن تكون هناك خصومة قائمة بين البائع والمشترى فيتدخل فيها سمسار العقديطالب الطرفين بأتعابه عن السمسرة الثابتة فى هذا العقد (٢) •

٤ — أن يكون طلب المتدخل مرتبطا بالخصومة القائمة أو بمحل هذه الخصومة (أنظر المادة ١٢٦ مرافعات) • فاذا لم يكن كذلك ، فان التدخل لا يحقق أى هدف من أهدافه بل قد يعرقل الخصومة الاصلية • ومثال طلب التدخل المرتبط بالخصومة : الطلب الذى يتقدم به الغير مطالبا طرفى الدعوى بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من تشهير به بواسطة أقوالهما فى الخصومة (٣) • فيكفى مثل هذا الارتباط ولو لم يكن هناك ارتباط بين طلب المتدخل والحق أو الاداء محل الخصومة •

ويترتب على قبول التدخل الاختصامى عدة آثار يمكن اجمالها فيما يأتى :

(أ) يعتبر المتدخل طرفا فى الخصومة كالاطراف الاصليين (٤) • ويأخذ

---

(١) رمزى سيف : بند ٢٢٩ ص ٣٥٦ •
• ٢٢٢
(٢) رمزى سيف : بند ٢٩٩ ص ٣٥١ •
(٣) رمزى سيف : بند ٢٩٨ ص ٣٥٠ •
(٤) ميكيلى : جزء أول بند ٥٥ ص ٢٠١ •

فيها مركز المدعى (١) بما يترتب على هذا المركز من سلطات وأعباء . فله ابداء الطلبات وأوجه الدفاع التى لكل مدع ابداؤها ، غير ملتزم بما ابداه الطرفان الأصليان أو بما لهما من حق فى ابدائه . وكأى خصم اذا قبل تدخله وحكم عليه كان له الحق فى الطعن (٢) . على أنه يلاحظ أن المتدخل لا يلتزم بالاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع التى صدرت قبل تدخله والتى تتعارض مع حقه . وذلك حتى لا يضار المتدخل بتدخله . ونظام التدخل انما شرع لمصلحته (٣) .

(ب) يصبح المدعى والمدعى عليه فى الدعوى الاصلية مدعى عليهما بالنسبة لدعوى المتدخل . ولأى منها أن يطلب الخروج من الخصومة بعد التدخل . فاذا كان (أ) يطالب (ب) بملكية عقار ، فتدخل (جـ) مطالبا بالملكية لنفسه فيمكن لـ (أ) أو (ب) أن يطلب الخروج من الخصومة (٤) .

واذا زالت الخصومة الأصلية ، وكان زوالها بسبب تركها من جانب المدعى الاصلى ، أو بسبب تسليم المدعى عليه الاصلى بطلبات المدعى . لم يؤثر هذا الزوال فى بقاء طلب المتدخل الاختصامى (٥) . أما اذا كان زوالها بسبب بطلان صحيفتها ، أو بطلان اجراء فيها فان زوالها يؤدى الى زوال التدخل الاختصامى (٦) وذلك ما لم يكن التدخل قد تم بالاجراءات العادية لرفع الدعوى ، وكانت المحكمة مختصة به كدعوى أصلية ، فانه يبقى كطلب أصلى غير معتمد على الخصومة السابقة .

٢٠٦ ــ ٢ ــ التدخل الانضمامى البسيط : هو تدخل شخص من الغير فى خصومة قائمة لكى يساعد أحد أطراف هذه الخصومة . فالمتدخل

---

(١) فنسان : بند ٧٥٢ ص ٩٧٨ .
(٢) رمزى سيف : بند ٣٠٠ ص ٣٥٢ .
(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٨ ص ٢٢٠ ــ ٢٢١ .
(٤) كوستا : بند ١٣٣ ص ١٦٤ .
(٥) زانزوكى : جزء أول بند ١٣٦ ص ٢١٦ .
(٦) انظر : موريل بند ٣٦٩ ص ٣٠٣ . رمزى سيف : بند ٣٠٠ ص ٣٥٤ .

لا يدعى حقا لنفسه فى مواجهة الأطراف أو فى مواجهة أحدهم ، وانما هو ينضم الى أحدهم دفاعا عن حق هذا الاخير (١) . وهو فى انضمامه لاحد الخصوم لا يحل محله ولا يمثله . كما أنه لا ينضم لمحض مصلحة من ينضم اليه وانما لمصلحته هو (٢) . وعلة تقرير هذا التدخل هو مبدأ الاقتصاد فى الخصومة ، فضلا عن تيسير الدفاع عن حق من ينضم اليه المتدخل ، وبالتالى الدفاع عن مصلحة هذا الاخير . ومن أمثلة هذا التدخل: تدخل البائع فى دعوى استحقاق الشىء المبيع المرفوعة على المشترى ، اذ لو لم يسمح له بالتدخل وحكم ضد المشترى ، فان هذا الاخير سيعود بالضمان على البائع . وتدخل الدائن الى جانب مدينه فى دعوى دائنية مرفوعة على هذا المتدخل من دائن آخر ، اذ لو حكم على المدين فان ضمان الدائن المتدخل سيتأثر (٣) .

ومفترضات التدخل الانضمامى هى :

١ — أن يكون المتدخل من الغير الذى يتأثر بحجية التقرير القضائى سواء كان ممن تمتد الحجية اليه ، أو ممن يتأثر بها من الناحية الفعلية(٤) .

٢ — أن تكون الخصومة التى يراد التدخل فيها قائمة ، ولم يقفل باب المرافعة فيها (٢/١٢٦) وذلك كما هو الحال بالنسبة للتدخل الاختصامى . على أنه بالنسبة للخصومة أمام الاستئناف ، يجوز التدخل الانضامى فيها (٢/٢٣٦ مرافعات) على عكس الامر بالنسبة للتدخل الاختصامى .

٣ — أن يكون هناك ضرر سيصيب المتدخل من صدور الحكم ضد من ينضم اليه . وهذا هو الاعتداء المحتمل الذى يبرر مصلحته فى

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٧١ ص ٢١٨ .

(٢) ميكيلى : جزء اول بند ٥٥ ص ١٩٧ .

(٣) فنسان : بند ٧٥١ ص ٩٧٧ . موريل : بند ٣٦٧ ص ٣٠١ . رمزى سيف : بند ٢٩٨ ص ٣٥٠ .

(٤) انظر فى انواع الغير ما سبق بند ٩١ .

التدخل (١) وهو الشرط الوحيد الذى ينص عليه القانون المصرى (مادة ١٢٦ مرافعات) . ويلاحظ أن الاعتداء هنا لايجب أن يبرر للمتدخل رفع دعوى مستقلة،وانما يكفى أن يبرر التدخل الى جانب أحد طرفى الدعوى. ولهذا فان للمستأجر من الباطن أن يتدخل فى الخصومة القائمة بين المستأجر الاصلى والمؤجر الاصلى حول بطلان عقدهما أو فسخه رغم أنه ليس له الحق فىدعوى مبتدأه . ويوجد هذا الاعتداء المحتمل ، اذا كان المتدخل صاحب رابطة قانونية معتمدة على الرابطة محل الخصومة أو مرتبطة بها بحيث أن الحكم الذى سيصدر يمكن أن يؤثر فى مركزه القانونى (٢) .

٤ ـ الصفة : ويقصد بها أن يكون المتدخل هو صاحب الحق فى التدخل . ولا يثير هذا أية مشكلة الا بالنسبة لتدخل النقابات والجمعيات فى الدعاوى التى يكون أحد أفرادها طرفا فيها ، منضمة اليه . ومن المقرر أن للنقابة أو الجمعية صفة فى هذا التدخل ، فى الحدود التى يكون لها رفع الدعوى للدفاع عن المصلحة الجماعية (٣) .

ويترتب على قبول التدخل اعتبار المتدخل الانضمامى طرفا فى الخصومة (٤) . ونتيجة لهذا :

---

(١) انظر زانزوكى : جزء اول بند ١٣٥ ص ٣٥٥ . ميكيلى : جزء اول بند ٥٥ ص ١٩٧ . رمزى سيف : بند ٢٩٩ ص ٣٥١ .

(٢) فى حكم لمحكمة جنوب القاهرة ـ مستأنف مستعجل ـ ٤ يناير ١٩٧١ (مجلة ادارة القضايا ١٩٧٧ ـ عدد ١ ـ ص ١٩٠ رقم ٣١) : أن لرجال القانون مصلحة فى التدخل انضماما فى الدعوى المستعجلة بفرض الحراسة على صندوق ابنية المحاكم اذ تفرض عليهم صناعتهم التردد على المحاكم ويهمهم رفع مستوى الخدمة فى هذه الدور . وهو حكم محل نظر ، اذ مصلحتهم هنا ليست قانونية فهى لا تنشأ عن اعتداء على اى مركز قانونى لايهم ، وانما على محض مصلحة اقتصادية أو اجتماعية لايحميها القانون .

(٣) انظر : موريل بند ٣٦٨ ص ٣٠٢ محكمة القضاء الادارى ١٦ يونيو ١٩٧٧ ـ المحاماة ٥٨ ـ عدد ٣ و ٤ ـ ص ٦٩ ـ ٥١ (للنقابة التدخل الى جانب المحامى فى الدفاع عن حقه فى العودة الى وظيفته لان من اهداف النقابة توفير العمل القانونى للاعضاء) .

(٤) ساتا : المرافعات بند ٨٢ ص ١١٨ ـ ١١٩ . ليبمان جزء اول بند ٧٨ ص ١٥٥ ، زانزوكى : جزء أول بند ١٣٦ ص ٣١٦ . ميكيلى : جزء أول بند ٥٥ ص ١٩٨ .

١ - ليس له القيام بأى اجراء يتعارض مع اعتباره طرفا ولهذا ليس للمتدخل انضماما أن يكون شاهدا فى القضية .

٢ - يؤدى أى نشاط اجرائى للمتدخل الى منع سقوط الخصومة أو انقضائها بمضى المدة .

٣ - يحوز الحكم الصادر فى الدعوى - سواء لمصلحة من انضم اليه المتدخل أو ضده - حجية الأمر المقضى فى مواجهة المتدخل (١) .

٤ - يكون للمتدخل أن يطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى ضد مصلحة من انضم اليه، اذ يعتبر بهذا ضارا به. مما يخوله الحق فى الطعن(٢) .

على أنه يلاحظ أن المتدخل انضماما يعتبر طرفا تابعا لمن انضم الى جانبه ولهذا :

١ - يسرى فى مواجهته ما يكون قد تحقق فى الخصومة ، قبل تدخله، من سقوط لحق أو مركز اجرائى لمن تدخل لجانبه .

٢ - يكون له التقدم بأدلة الاثبات على أن يكون محلها فى نطاق طلبات من انضم اليه .

٣ - له فقط أن يتمسك بالدفوع ووسائل الدفاع التى لمن انضم اليه التمسك بها ، على أن له هذا ولو لم يتمسك بها هذا الأخير .

٤ - اذا زالت الخصومة سواء لسبب اجرائى أو بسبب نزول المدعى عن حقه أو عن دعواه أو تركه الخصومة ، سقط التدخل بالتبعية .

---

(١) استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣١ - المحاماة ١٢ - ٣٠٨ - ١٦٣ .

(٢) رمزى سيف : الوسيط بند ٣٠٠ ص ٣٥٢ . عبد الباسط جميعى: ص ٤٢٨ . نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٨ - مجموعة النقض ١٩ - ٦٢٢ - ٩٤ . على أنه يجب لذلك الا تكون المحكمة قبل الفصل فى الدعوى قد رفضت التدخل ، فاذا كانت قد رفضت التدخل ، فان المتدخل يعتبر أجنبيا عن الخصومة ، وليس له ان يطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى . (نقض مدنى ٤ مارس ١٩٦٥ - مجموعة النقض ١٦ - ٢٨٢ - ٤٢) . فيقتصر حقه عندئذ على الطعن فى الحكم بعدم قبول أو رفض تدخله .

ولأن المتدخل انضماما يدافع عن حق لغيره فانه :

١ — لا يستطيع أن يقدم طلبات موضوعية مختلفة عن طلبات من انضم اليه (١) . ولهذا يأخذ صفة من انضم اليه مدعيا أو مدعا عليه .

٢ — ليس له أن يقوم فى الخصومة بما لايقوم به الا صاحب الحق . ولهذا ليس له أن ينزل عن الحق المطلوب حمايته أو أن يترك الخصومة أو يقبل تركها . وان فعل فلا يكون لنزوله أو تركه أو قبوله أى أثر . كما أنه ليس له أن يبرم صلحا أو أن يحلف يمينا أو يرده .

ويتحمل المتدخل انضماما مصاريف تدخله ، سواء حكم لصالح من انضم اليه أو حكم ضده (٢) ذلك أن تحديد من يتحمل هذه المصاريف فى النهاية يكون بالنظر الى الطلب الموضوعى فى القضية ، ولهذا حتى لو حكم لصالح من انضم اليه المتدخل فلا يمكن الزام الخصم الآخر بمصاريف التدخل اذ ليس للمتدخل أى طلب فى مواجهته . فيبقى على عاتق المتدخل الالتزام بالمصاريف على أساس أنه هو الذى قام بالتدخل . تطبيقا لقاعدة أن الطرف يتحمل مصاريف ما يقوم به من اجراءات الا اذا حمل بها الطرف الآخر .

٢٠٧ — ٣ — التدخل الانضمامى المستقل : هو تدخل شخص من الغير يطالب أو يدافع عن حق له هو نفس الحق الذى يطالب به أو يدافع عنه أحد طرفى الخصومة فى مواجهة الطرف الآخر . وهو يقترب من التدخل الاختصامى فى أن المتدخل يطالب أو يدافع عن حق لنفسه ولا يقتصر على الدفاع عن حق أحد طرفى الخصومة ، ولكنه يختلف عنه فى أن المتدخل لا يختصم طرفى الخصومة وانما يختصم أحدهما فقط . ومن ناحية أخرى ، يقترب هذا التدخل من التدخل الانضامى فى أنه لا يوجه الى الخصمين كما أن المتدخل لا يدافع بتدخله عن حق هذا الخصم وانما عن حقه هو (٣) .

---

(١) استئناف مصر ١٧ مارس ١٩٣٤ — المحاماة ١٥ — ٤٥٤ .

(٢) موريل : بند ٣٦٩ ص ٣٠٣ . سوليس وبيرو : محاضرات ص ٥٥٨ فنسان : بند ٧٥٢ ص ٩٧٨ . رمزى سيف : بند ٣٠٠ ص ٣٥٣ .

(٣) أنظر : ميكيلى جزء اول بند ٥٥ ص ٢٠٠ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٧ ص ٢١٩ . كوستا : بند ١٣٤ ص ١٦٥ .

ويقبل هذا التدخل فى كل حالة يوجد فيها ارتباط مما يجيز رفع الدعوى ابتداء من مدعين متعددين أو على مدعى عليهم متعددين (١) • ففى هذه الاحوال اذا رفعت الدعوى من أحد ذوى الصفة فى رفعها ، جاز للآخرين التدخل فى الدعوى كمدعين • واذا رفعت الدعوى على أحد ذوى الصفة ، جاز للاخرين التدخل كمدعى عليهم (٢) • ومن أمثلته تدخل دائن متضامن فى الخصومة بين دائن متضامن معه والمدين •

ولان المتدخل تدخلا انضماميا مستقلا يدافع عن حق له ، فهو فضلا عن كونه طرفا فى الخصومة ، فهو طرف فى الرابطة القانونية محل الخصومة • ولهذا فان الآثار التى تترتب على تدخله ليست آثار التدخل الانضمامى البسيط ، وانما هى فى مجملها آثار التدخل الاختصامى • وبصفة خاصة فان له القيام بكل ما يستطيع أن يقوم به الخصم • واذا تنازل المدعى فى الخصومة عن حقه أو عن دعواه أو ترك الخصومة فان تنازله لايؤثر فى بقاء التدخل الانضمامى المستقل (٣) • على أنه يلاحظ أنه اذا كان المتدخل الاختصامى يعتبر دائما فى مركز المدعى ، فان المتدخل الانضمامى المستقل يعتبر مدعيا أو مدعا عليه حسب مركز من ينضم اليه فى الدعوى ، مع ما يترتب على هذ امن نتائج •

٢٠٨ ــ اجراءات التدخل : وفقا للمادة ٢/١٢٦ يكون التدخل بأحد طريقين :

١ ــ الاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، وذلك قبل يوم الجلسة • ولا يكفى ايداع صحيفة التدخل قلم الكتاب قبل هذا اليوم ، بل يجب أن يتم ــ قبله ــ اعلان أطراف الخصومة بها •

---

(١) زانزوكى : جزء أول بند ١٣٧ ص ٢١٧ ــ ٣١٨ . على انه يلاحظ انه اذا كان يمكن التعدد عند بدء الخصومة ايضا فى حالة وحدة المسالة المثارة ، فان هذه الحالة لاتجيز التدخل الانضمامى المستقل (فى هــذا المعنى : زانزوكى : الاشارة السابقة) .

(٢) ليبمان : جزء أول بند ٧٨ ص ١٥٣ .

(٣) زانزوكى : جزء أول بند ١٣٨ ص ١٣٩ .

٢ ــ طلب تدخل يقدم شفويا أثناء انعقاد الجلسة ، وذلك بشرطين : حضور أطراف الخصومة فى هذه الجلسة ، واثبات الطلب فى محضرها (١).

فاذا كان أحد الأطراف غائبا ، فان التدخل لا يكون فى مواجهته الا بالطريق الأول .

ثانيــا : اختصــام الغير

وهذا الاختصام يمكن أن يكون بناء على طلب أحد أطراف الخصومة ، أو تأمر به المحكمة دون طلب .

٢٠٩ ــ (أ) **اختصام الغير بناء على طلب :** وفقا للمادة ١١٧ مرافعات يجوز لأحد أطراف الخصومة أن يدخل فيها من كان يمكن اختصــامه عند بدئها (٢) . ويفترض هذا الادخال وجود ارتباط بين القضية المعروضة وبين شخص من الغير ممن يجوز أن يكون مدعيا أو مدعا عليه فى الخصومة منذ بدئها (٣) . وقد قدمنا أنه فى هذه الحالة يجوز لهــذا الشخص أن يتدخل فى الخصومة (ويكون تدخله انضماميا مستقلا) . فاذا لم يتدخل فلأى من طرفى الخصومة أن يختصمه فيها . ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة (مادة ١١٧) (٤) .

ويلاحظ أنه اذا جاز اختصام كل من يجوز اختصامه فى الدعوى عند رفعها ، فانه لا يقبل اختصام من كان يجب اختصامه فيها . ذلك أنه اذا رفعت الدعوى ابتداء دون اختصام من يجيب اختصامه ، فانها تكون غير

---

(١) ويمكن أن يحدث التدخل ضمنا . وذلك كما لو قام شخص برفع دعوى على آخر فتدخل ثالث تدخلا اختصاميا فوافق المدعى المتدخل على طلبه ولكنه لم ينسحب من الخصومة بل ظل فيها ليدافع عن حق المتد؛ اذ يصبح بهذا متدخلا انضماميا بعد أن كان خصما أصليا . نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ٦٢٢ ــ ٩٤ .

(٢) موريل : بند ٣٧٤ ص ٣٠٦ وحاشية ٢ .

(٣) كيوفندا : المرجع والاشارة السابقة .

(٤) ويجب مراعاة مواعيد الحضور وفقا للمادة ٦٦ مرافعات قبل الجلسة التى يحدث اعلان الغير بالحضور اليها .

مقبولة . ولا يستثنى من هذا الا ما يتعلق بالتعدد الوجوبى من جانب المدعى عليه تطبيقا للمادة ١١٥ سالفة الذكر (١) .

كما يلاحظ أنه لا يجوز اختصام من كان يجوز اختصامه فى الدعوى عند رفعها الا اذا توافرت حالة ارتباط . ولهذا فانه فى حالة وحدة المسألة المثارة اذا كان يمكن التعدد الاختيارى ابتداء ، فانه لا يجوز ادخال الغير فى الخصومة التى بدأت دون تعدد (٢) .

ويخضع اختصام الغير ، وان كان بناء على طلب الخصم ، لتقدير قاضى الموضوع وذلك من ناحية توافر الارتباط مع الدعوى الأصلية ومن ناحية عدم تأخير الفصل فى هذه الدعوى . وهذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

ويعتبر الغير باختصامه طرفا (٣) . ذلك أن الاختصام فى ذاته يعنى توجيه طلب الى الغير أو اشراكه فى طلب مقدم فى الخصومة . فبه يأخذ الغير صفة الطرف فى الخصومة . وهو يأخذ هذه الصفة ولو لم يبد أى طلب أو دفاع . ويكون له كل سلطات الطرف فى الخصومة وعليه أعباؤه. فله أن يتمسك بالدفوع الموضوعية والاجرائية (٤) . ويمكنه انكار توقيع أو الادعاء بالتزوير . وكأى خصم ، عليه الحضور فى الخصومة ومتابعة سيرها . وله الطعن فى الحكم بالطرق المتاحة لطرفى الخصومة الأصليين . ومن ناحية أخرى ، فانه لا يلتزم باليمين الذى يكون قد حلفه الخصم الذى يقف الى جانبه فى الخصومة أو بما يكون قد صدر منه من اقرار . وعلى العكس ، يستفيد مما يكون قد قدم من مستندات تخدم موقفه .

---

(١) ما سبق بند ٢٠٣ .

(٢) زانزوكى : المرجع والاشارة السابقة .

(٣) أنظر : زانزوكى جزء أول بند ١٤١ ص ٣١٩ . كوستا : بند ١٣٩ ص ١٧٠ — ١٧١ . العشماوى : جزء ثان بند ٨٣٦ ص ٣٥٤ .

(٤) فاذا كان الدفع قد أبدى وفصل فيه ، فليس لمن ادخل اثارته من جديد .

واذا صدر حكم لصالحه ، فان لطرفى الخصومة الطعن فى الحكم مختصمين اياه فى الطعن (١) .

٢١٠ — تطبيق خاص : دعوى الضمان الفرعية (اختصام الضامن) :

ويقصد به اختصام شخص من الغير يلتزم بضمان فى مواجهة أحد أطراف خصومة قائمة . وقد نظمه القانون بنصوص خاصة لأهميته (المواد ١١٩ مرافعات وما بعدها) . ومثاله قيام المشترى الذى ترفع عليه دعوى استحقاق من الغير للمبيع بادخال البائع — الذى يلتزم بالضمان — فى هذه الخصومة . فاذا حكم على المشترى فى دعوى الاستحقاق ، حصل المشترى — فى نفس الخصومة — على حكم بموجب الضمان ضد البائع . هذا فضلا عن استفادة المشترى من قيام البائع بالدفاع فى دعوى الاستحقاق . ومن هذا يبدو ما يحققه ادخال الضامن من اقتصاد فى الاجراءات ، اذ لو لم يسمح للمشترى بادخال البائع كضامن ، فانه سيضطر — اذا لم يتدخل البائع — الى انتظار الفصل فى دعوى الاستحقاق، ثم يرفع دعوى أصلية بالضمان ضد البائع . وهو بهذا يخسر مساعدة البائع فى الدفاع عنه فى دعوى الاستحقاق ويضطر الى رفع دعوى أصلية أمام محكمة البائع .

واختصام الضامن يفترض أن الضامن من الغير بالنسبة للخصومة الاصلية . أما طالب الضمان فهو عادة فى مركز المدعى عليه فيها . على أنه قد يتصور أن يكون طالب الضمان مدعيا فيها . ومثاله المشترى الذى يرفع دعوى على حائز العقار المبيع لتسلمه منه ، ويختصم البائع فى الدعوى باعتباره ضامنا (٢) .

وتعتبر دعوى الضمان مستقلة بكيانها عن الدعوى الأصلية فهى

---

(١) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ ص ٢١٤ .

(٢) كيوفندا : جزء ثان بند ٢٢٢ ص ٢٢٩ . كوستا : ١٤١ ص ١٧٢ .

لا تعتبر دفاعا ولا دفعا فيها ، ولا يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى الاصلية فاصلا فى دعوى الضمان (١) .

ويكون ادخال الضامن بالاجـراءات المعتادة لرفع الدعوى (١١٩ أخيرة) ، وهو ما يعنى وجوب تقديم صحيفة دعوى ضد الضامن الى قلم الكتاب واعلانه بها . ويجب أن يتم هذا الاعلان قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى الاصلية مع مراعاة مواعيد الحضور بالنسبة للضامن . ولهذا فان طالب الضمان قد يحتاج الى تأجيل الدعوى الأصلية الى جلسة تراعى هذه المواعيد . ووفقا للمادة ١١٩ لا تلتزم المحكمة باجابة طلب طالب الضمان بالتأجيل الا فى حالتين : ١ — اذا كان طالب الضمان قد كلف ضامنه بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ اعلانه بالدعوى (أورفعه لها أن كان هو المدعى) أو من تاريخ قيام السبب الموجب للضمان اذا كان سببا لاحقا على رفع الدعوى . ٢ — اذا لم تكن قد انقضت ثمانية أيام بين اعلان طالب الضمان بالدعوى الأصلية (أو رفعه لها ان كان هو المدعى فيها) أو قيام سبب الضمان وبين الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفى الحالتين ، يجب لالتزام المحكمة بالتأجيل لادخال ضامن أن تكون الدعوى الأصلية مدنية ، اذ الدعوى التجارية — ولو رفعت أمام محكمة مدنية — لا تحتمل التأجيل .

وبحصول الاختصام ، يتحدد مركز كل من طالب الضمان والضامن كالتـالى :

(أ) طالب الضمان يثير مركز طالب الضمان مسألة ما اذا كان له الخروج من الخصومة أم لا . ويتوقف الحل على نوع الضمان ، فالضمان ينقسم الى نوعين (٢) : ضمان بسيط . ويوجد عندما يكون طالب الضمان طرفا فى الخصومة بسبب التزام يقع عليه فى مواجهة خصمه فيها . ومثاله

---

(١) نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٧٩ . فى الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق .

(٢) ليبمان : جزء اول بند ٢٨ ص ٧٥ . كوستا : بند ١٤٠ ص ١٧٠ — ١٧١ . كيوفندا : جزء ثان بند ٢٢٢ ص ٢٢٨ .

الكفيل الذى يرفع الدائن دعوى عليه ، فيختصم المدين الاصلى . فالكفيل يلتزم شخصيا فى مواجهة الدائن . وضمان شكلى : ويوجد عندما يكون طالب الضمان فى الخصومة بسبب أنه صاحب حق نقل اليه من الضامن ومحل منازعة من الخصم ، وذلك سواء كان الحق عينيا أو شخصيا . ومثاله المشترى الذى رفعت عليه دعوى استحقاق فاختصم البائع باعتباره ضامنا . بالنسبة للنوع الاول ، ليس لطالب الضمان — لأنه ملزم شخصيا فى مواجهة خصمه فى الدعوى الأصلية — أن يطلب اخراجه من الخصومة(١).

أما بالنسبة للضمان للشكلى ، فان له — على العكس — أن يطلب الخروج منها (مادة ١٣١ مرافعات) . فاذا خرج منها لم يعد خصما ، فلا تكون عليه أعباء والتزامات الخصم .

على أنه يلاحظ أن الخروج من الخصومة هو مجرد رخصة لطالب الضمان ، فقد يفضل البقاء فيها على الاقل من أجل مراقبة دفاع الضامن . ومن ناحية أخرى ، فانه حتى فى حالة الضمان الشكلى (٢) للضامن أو لخصم طالب الضمان أن يعترض على خروجه . واذا كان الاعتراض وجيها ، رفض القاضى طلب الخروج من الخصومة . وسواء خرج طالب الضمان من الخصومة أو بقى فيها ، فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى الاصلية يكون حجة فى مواجهته ويمكن تنفيذه ضده (٣) . ذلك أنه عند خروجه من الخصومة ، يعتبر الضامن حالا محله فيها .

ولكن ما مصير دعوى الضمان وقد خرج طالب الضمان من الخصومة ؟ الواقع أن خروج طالب الضمان انما يقتصر على الدعوى الأصلية ، أما دعوى الضمان فانه يظل فيها وتكون اجراءاتها فى مركز اجراءات خصومة وقفت ، ولكنها لم تنقض . ولهذا اذا حكم فى الدعوى

---

(١) ولهذا ليس له أن يطلب من المحكمة الحكم أصليا على الضامن بالمبلغ المطلوب منه ، بل له فقط طلب الحكم عليه بما يحكم به عليه (نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٤١ — المحاماة ٢١ — ٧٦٩ — ٣٦٦) .

(٢) ساتا : المرافعات بند ٨٤ ص ١٢٣ .

(٣) دونوفريو : جزء أول بند ٢٩٨ ص ٢٢٠ . موريل : بند ٣٨١ ص ٣٠٩ — ٣١٠ .

الأصلية ضد الضامن وطالب الضمان ، فان لهذا الأخير أن يستأنف السير فيها للحصول على حكم ضد الضامن (١) .

(ب) **الضامن** : يعتبر الضامن ، باختصامه ، طرفا فى الخصومة . فيكون له مركز الخصم بما يترتب على ذلك من سلطات وأعباء . واذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان الى الدعوى الأصلية فان الضامن يأخذ مركز طالب الضمان فيها ، ولو لم يكن المدعى الأصلى قد وجه طلبا للضامن أو كان الضامن لم يبد دفاعا مستقلا عن دفاع من يضمنه (٢) . ويستفيد الضامن من الدفوع التى يتمسك بها طالب الضمان (٣) . ويستطيع التمسك بالدفوع التى لطالب الضمان ، ولو لم يتمسك بها هذا الاخير ، كما أنه يستطيع التمسك بالدفوع الخاصة به باعتباره خصما . واذا صدر الحكم ضده سواء فى الدعوى الأصلية أو فى دعوى الضمان ، فان له الطعن فى الحكم سواء فى مواجهة الخصم أو فى مواجهة طالب الضمان (٤) . واذا حدث وخرج طالب الضمان من الخصومة ، حل الضامن محله (٥) .

٢١١ - (ب) ادخال الغير بأمر المحكمة : يكون هذا الادخال لابناء على ارادة أحد طرفى الخصوم وانما ، رغما عن ارادتيهما ، بأمر من المحكمة . وقد كان الفقه التقليدى لا يتصور امكان هذا الادخال ، وذلك على أساس أن الادخال هو طلب عارض فى الخصومة ، ولا يجوز أن يقدم من القاضى . وعلى أساس أن الزام أطراف الخصومة بادخال الغير فيها يخالف مبدأ حرية الأطراف فى تسييرها (٦) .

---

(١) كوستا : بند ١٤١ ص ١٧٢ .

(٢) نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ١٣٣ - ١٧

(٣) نقض مدنى ٨ يناير ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ١٣٥ - ٣٥ .

(٤) دونوفريو : تعليق . جزء أول بند ٢٩٧ ص ٢٢٠ . ويترتب على استئناف الضامن للحكم الصادر ضده أن يطرح على المحكمة الاستئنافية الدعوى الاصلية ودعوى الضمان الفرعية . وتلتزم هذه المحكمة ببحث مسئولية طالب الضمان والضامن ، ولو كانت محكمة أول درجة قد قضت باخراج طالب الضمان من الدعوى (نقض مدنى ٣ يونيو ١٩٧١ - مجموعة النقض ٢٢ - ٧٢٤ - ١١٩) . على أنه ليس للضامن استئناف الحكم الصادر فى الدعوى الاصلية الا اذا كان قد دافع فى الدعويين معا (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٩٤١ لسنة ٤٤ ق) .

(٥) كوستا : بند ١٢٤ ص ١٥٣ .

(٦) انظر هذا النقد فى : كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٦٠ ص ٣١١ .

على أن القانون المصرى ، اخذا بالاتجاه الفقهى الحديث يأخذ بهذا النظام كقاعدة عامة ، فتنص المادة ١١٨ مرافعات على أن « للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة » (مادة ١١٨) • وهو ما يتمشى ـ كما تقول المذكرةالايضاحية ـ « مع ما يجب أن يكون للقاضى من دور ايجابى فى تسير الدعـوى » •

فالادخال بأمر المحكمة فى القانون المصرى يكون لتحقيق أحد هدفين :

(أ) اظهار الحقيقة : ويقصد به الوصول الى الحقيقة فى القضيـة المعروضة • كما لو أدخل الغير لالزامه بتقديم ورقة تحت يده ، أو أدخل لأجل مساعدة أحد الأطراف فى الدعوى اذا وجده القاضى فى حاجة اليها حتى تظهر الحقيقة •

(ب) مصلحة العدالة : وهذا الهدف يخول المحكمة سلطة الأمر بادخال الغير الذى له أن يتدخل اختصاما كما لو أدخل من يظهر من سير الدعوى أنه صاحب الحق المدعى به بين الاطراف . أو الغـير الذى له أن يتدخل انضماما لأحد الخصوم كاختصام دائن المدين اذا كانت الدعوى بين المدين والغير ، أو الغير الذى له أن يتدخل تدخلا انضماميا مستقلا وهو مايحدث فى حالة ادخال من كان يجوز اختصامه عند رفع الدعـوى أى فى حـالة التعدد الاختيارى • وهو ما يسمح للقاضى بأن يأمر بادخـال من كان مختصما فى الدعوى فى مرحلة سابقة مثلا قبل الحكم ببطلان صحيفتها وتجديدها (١) أو من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئه ، أو اختصام الوارث مع المدعى أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوع لأى منهما اذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعد قسمتها أو كانت الدعوى متعلقة بالشيوع (أنظر هذه الامثلة فى المادة ١٤٤ مرافعات ملغى) (٢) •

---

(١) زانزوكى : جزء وال بند ١٤٤ ص ٣٢٢ . ليبمان : جزء أول بند ٨٠ ص ١٥٨ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع المادة ١١٨ ان « الحالات التى تعددها المادة ١٤٤ من القانون القائم (الملغى) امثلة بارزة للحالات التى ترى المحكمة ادخال خصوم فى الدعوى فيها » .

وفى الحدود التى يجيز القانون فيها ادخال الغير بأمر المحكمة ، تبقى المسألة تقديرية لها • ويقدر القاضى ليس فقط مصلحة الخصم فى ادخال الغير أو مصلحة الغير وانما احتمال تعارض الأحكام فى القضايا ذات العناصر المشتركة ، أو ما قد يقدمه الغير لحسن الفصل فى القضية •

واذا قدرت المحكمة وجوب ادخال شخص من الغير ، فانها تأمر أحد أطراف الخصومة باختصامه (١١٨ مرافعات) (١) • وهى تأمر الطرف الذى ترى أن ادخال الغير فى صالحه (٢) • وأساس هذا — فى تفكير المشرع المصرى — أن ادخال شخص فى الدعوى يعنى اختصامه ، فيجب أن يوجه من أحد الخصوم وليس من القاضى • وهذا الاتجاه التشريعى محل نظر ، فهو متأثر بتيار الفقه التقليدى الذى سبق بيانه والذى تجاوزه التشريع المصرى •

ولا يؤدى مجرد ادخال الغير بأمر القاضى الى جعله طرفا فى الخصومة (٣) • ولكنه يكون كذلك فى حالة ما اذا كان الغير ممن يجوز اختصامه عند رفع الدعوى • أما فى غيرها من الأحوال ، فان اعتباره طرفا لا يترتب على مجرد ادخاله بل على ما يتضمنه الادخال من طلب أو ما يقدمه هو من طلب بالحماية أو بالانضمام (٤) • ومن ناحية أخرى ، فان اعتبار الغير طرفا فى الخصومة ، لا يعنى بالضرورة أنه طرف فى الرابطة

---

(١) وعلى المحكمة ان تؤجل نظر الدعوى على نحو يمكن من كلفته من الخصوم بالقيام بالاختصام (العشماوى : جزء ثان بند ٨٢٩ ص ٣٥٨). فاذا لم يقم المكلف باختصام الغير باختصامه تعرض للجزاءات التى ينص عليها القانون فى حق الخصم الذى لا يقوم بما تكلفه به المحكمة .

(٢) أحمد مسلم : بند ٥٤١ ص ٥٨١ .

(٣) العشماوى : جزء ثان بند ٨٢٩ ص ٣٥٨ .

(٤) ذلك ان مجرد أمر المحكمة بالادخال ليس معناه ان المحكمة توجه طلبا الى الغير فالمحكمة لاتستطيع أن توجه للغير طلبا لم يقدمه احد الخصوم (وجدى راغب — مبادىء ص ٢٩٠ هامش ٤٢) أو تقدم ضد الخصم طلبا نيابة عن الغير .

القانونية الموضوعية محل الخصومة ، اذ يتضح الأمر من مركزه فى الخصومة وما قد يقدمه من طلبات فيها أو يقدم ضده من طلبات (١) . فاذا كان قد اقتصر على الانضمام الى أحد الخصوم فانه لا يكون طرفا فى الرابطة القانونية شأنه شأن المتدخل انضماما . أما اذا كان فى مركزالمتدخل اختصاما أو فى مركز المتدخل الانضمامى المستقل فانه يكون طرفا أيضا فى الرابطة القانونية .

٢١٢ — **اجراءات اختصام الغير** : سواء كان الادخال بناء على طلب الخصم أو بأمر المحكمة ، فانه يتم « بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى » (١١٧ و ٢/١١٨) أى بايداع صحيفة دعوى قلم كتاب المحكمة ثم اعلانها للغير (٢) . فلا يكفى لادخال الغير مجرد اعلانه بالطلب الأصلى (٣) . واذا كان الادخال بناء على طلب خصم ، فعليه أن يراعى فى تكليفه الغير بالحضور المواعيد العادية للحضور والتى تنص عليها المادتان ٦٦ و ١١٧ (٤) أما اذا كان الادخال بأمر المحكمة ، فانها تحدد ميعادا للحضور لايتجاوز ثلاثة أسابيع (٢/١١٨) .

الفصل الثانى

النيابة العامة

٢١٣ — **وظيفة النيابة العامة فى الخصومة المدنية** : الى جانب وظيفتها الاساسية فى الدعوى الجنائية ، حيث هى صاحبة الدعوى العمومية (مادة ٢١ سلطة قضائية) ، تقوم النيابة العامة بدور متميز فى الخصومة المدنية .

---

(١) قرب : دونوفريو : جزء أول بند ٢٩٤ ص ٢١٩ .
(٢) انظر فى هذه الاجراءات ما يلى بند ٢٦٤ .
(٣) نقض مدنى ٢٧ يونيو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٩٢٨ — ١٣٠
(٤) انظر فى هذه المواعيد ما يلى بند ٢٦٥ .

وقد وجهت بعض الانتقادات الى اعطاء النيابة العامة دورا فى الخصومة المدنية (١) . فقد قيل بأن وجود النيابة الى جانب القاضى الذى ينظر القضية يعنى عدم الثقة فى القضاء . وأن للدولة ، كما للأفراد ، ممثليها الذين يمكنهم تمثيلها فى الخصومة ، كذلك فان لناقصى الأهلية وغيرهم من الافراد الذين يراد حمايتهم بواسطة النيابة المدنية ممثليهم . فوجود النيابة يخل بمبدأ المساواة أمام القضاء . كما قيل أن النيابة العامة المدنية وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للتدخل فى شئون القضاء . وأن نظام النيابة يشغل بعض رجال الهيئة القضائية ، والأولى عملهم كقضاة .

على أن هذه الانتقادات لم تستطيع أن تحجب الدور الهام الذى يمكن أن تؤديه هيئة عامة غير متحيزة للدفاع عن مصالح المجتمع . والواقع أنه اذا كانت مصالح المجتمع يمكن صيانتها - نظريا - بواسطة القاضى . الا أن هناك مبدأ فى الخصومة يحول دون قيام القاضى بهذا الدور . فالخصومة المدنية لا تبدأ الا بطلب ولهذا ، فان القاضى لا يستطيع بدءها وان لزمت لحماية مصلحة للمجتمع . ومن ناحية أخرى ، لايتصور أن يكون للقاضى من تلقاء نفسه اعادة النظر فى حكم قضائى مخالف للقانون بغير طعن فيه . ولا يمكن القول بترك الامر الى أصحاب الرابطة القانونية الموضوعية محل الخصومة ، ذلك أنه توجد روابط رغم أنها من القانون الخاص تفوق المصلحة العامة فى تطبيق القانون عليها المصلحة العادية (٢).

٢١٢ - المبادىء التى تؤثر على عمل النيابة العامة : رغم أن رجال النيابة يعتبرون فى مصر من رجال الهيئة القضائية ، ويتمتعون ببعض ضمانات القضاة (٣) ، فانهم يتميزون عن القضاة بخضوعهم لبعض

---

(١) انظر هذه الانتقادات وغيرها فى : زانزوكى : جزء أول بند ٣٢ ص ٢٣٢ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٧ ص ٧٣١ - ٧٣٢ . جوليان : مشار اليه ص ١٠٩ وما بعدها .

(٢) ليبمان : جزء اول بند ٩١ ص ١٧٥ - ١٧٦ . كوستا : بند ٨١ ص ١٠٨ .

(٣) من أهم الضمانات التى يتمتع بها رجال النيابة العامة عدم قابليتهم - فيما عدا معاوني النيابة - للعزل (مادة ٦٧ سلطة قضائية) . وخضوعهم لقواعد المخاصمة التى يخضع لها القضاة (مادة ٤٩٤ مرافعات)،

المبادى التى تؤثر فى عملهم فى الخصومة المدنية . وهذه المبادىء هى :

١ ـ النيابة العامة تتبع السلطة التنفيذية (١) : ونتيجة لهذه التبعية ، فان رجال النيابة العامة يخضعون كل منهم لرئيسه ، وهكذا حتى النائب العام . كما أنهم يخضعون جميعا لوزير العدل باعتباره ممثل السلطة التنفيذية المختص بالاشراف عليهم (٢٦ سلطة قضائية) . على أن العلاقة بين وزير العدل وبين رجال النيابة العامة تختلف عن العلاقة بين الرئيس الادارى وبين مرؤوسيه ، فبينما يستطيع الرئيس دائما أن يحل محل مرؤوسيه فى القيام بالعمل ، لا يستطيع وزير العدل أن يقوم بالعمل الذى يدخل فى سلطة رجال النيابة وحدهم . ومن ناحية أخرى ، فان العلاقة بين عضو النيابة وبين رئيسه أيا كانت درجته تحكمها قاعدة تقليدية مؤداها أنه اذا التزم عضو النيابة بأوامر رئيسه بالنسبة لما يكتبه ، فانه يبقى حرا بالنسبة لما ينطق به ولو خالف ما كتبه (٢) . ونتيجة لهذه القاعدة ، فانه يتصور أن يطلب عضو النيابة ـ بناء على أمر رئيسه ـ طلبا معينا ، وفى الجلسة يتكلم ضد هذا المسلك .

٢ ـ النيابة العامة مستقلة عن المحكمة (٣) : لأن النيابة العامة تتبع السلطة التنفيذية ، فهى تستقل عن المحكمة التى تعتبر جزءا من السلطة القضائية ، وذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات . ولهذا ليس للمحكمة

وعدم جواز رد عضو النيابة ـ اذا كانت النيابة متدخلة فى الخصومة ـ الا لسبب من اسباب رد القضاة وعدم صلاحيتهم . (وتعتبر هذه وتلك اسبابا للرد بالنسبة لرجل النيابة العامة) (مادة ١٦٣ مرافعات) . على أن قانون السلطة القضائية ينص على قواعد خاصة بأعضاء النيابة العامة بالنسبة للتعيين والنقل والترقية والاقدمية وبالنسبة لتأديبهم (مادة ١١٦ وما بعدها) .

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٥٣ ص ٧٢٠ . موريل : بند ١١٧ ص ١٤٧ .

(٢) ويعبر عن هذه القاعدة بالفرنسية بانه

«Si la plume est serve, la parole est libre».

موريل : الاشارة السابقة جوليان مشار اليه ص ١١٢ ـ ١١٤

(٣) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٨٥٥ ص ٧٢٢ . فنسان بند ١٧٩ ص ١٧٤ .

أن تصدر أى أمر لعضو النيابة العامة الذى يمثل أمامها أو يعمل فى نطاقها ، كما أنه ليس للمحكمة أن توجه نقدا فى أحكامها الى مسلك عضو النيابة بالنسبة للخصومة أو مسلكه فى الجلسة ، وليس لقاضى أن يحل محل عضو النيابة فى القيام بعمل أو اجراء مما يدخل فى سلطة النيابة (١) • ومن ناحية أخرى ليس لعضو النيابة أن يقوم بعمل يدخل فى ولاية القاضى •

٣ — النيابة العامة وحدة لا تقبل التجزئة (٢) : يعتبر كل عضو من أعضاء النيابة العامة الذين يعملون لدى محكمة معينة ممثلا للنيابة أمام هذه المحكمة (٣) • فالنيابة أمام المحكمة وحدة واحدة تعتبر ممثلة بأى من رجالها • ونتيجة لهذا . يمكن أن يحضر عضو للنيابة احدى جلسات القضية . وفى الجلسة التالية لنظر هذه القضية يحضر عضو آخر • وفى هذا يختلف أعضاء النيابة العامة عن القضاة ، اذ من القواعد الاصولية أن القاضى الذى نظر القضية هو الذى يجب أن يحضر المداولة وأن يشترك فى اصدار الحكم ، فلا يكمل القضاة بعضهم بعضا •

٢١٥ — طرق قيام النيابة العامة بوظيفتها فى الخصومة المدنية :

تقوم النيابة العامة بوظيفتها فى الخصومة المدنية ، أمام المحاكم العادية (٤) ، باحدى طرق ثلاثة :

(أ) الادعاء أو الدفاع : تقوم النيابة العامة برفع الدعوى ابتداء ضد من اعتدى على المركز القانونى الذى تسعى الى حمايته • فالنيابة هى صاحبة الدعوى • على أنه يلاحظ أن الدعوى لا تكون للنيابة العامة

---

(١) Rassat (M.L.) : Le minstère public entre son passé et son avenir, thèse Paris 1967, No. 27 p. 201.

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٨٥٤ ص ٧٢١ . موريل : بند ١٥٧ ص ١٤٨ .

(٣) فوحدة النيابة لا تكون الا بالنسبة لاعضاء النيابة أمام محكمة معينة وليس بالنسبة لاعضاء النيابة العامة عموما . فمثل هذه الوحدة العامة التى يقول بها البعض لا وجود لها . (راسا : رسالة مشار اليها ص ٨٣) .

(٤) ولا تعمل النيابة المدنية أمام المحاكم المدنية الاستثنائية (فنسان : بند ١٧٧ ص ١٧٠) كما أنها لا تعمل أمام محاكم القضاء الادارى عادية كانت أو استثنائية ، ولا أمام المحكمين .

الا فى الحالات التى يخولها فيها القانون هذه السلطة (٨٧ مرافعات) (١) . ويجب أن يتوافر نص قانونى صريح ، ومثاله نص المادة ١٩٦ تجارى الذى يجيز للنيابة رفع دعوى شهر الافلاس . وفى غير هذه الحالات ، لا يجوز للنيابة رفع الدعوى المدنية ابتداء ، ولو تعلق الامر بالنظام العام .

والى جانب الحالات التى تقف فيها النيابة العامة مدعية ، يمكن أن تقف موقف الدفاع كمدعى عليها . ويكون ذلك عندما يعترض شخص على قرار اتخذته النيابة بموجب سلطتها الولائية (٢) فعندئذ تقوم خصومة مدنية بين المعترض والنيابة تقف فيها موقف المدعى عليها .

وتأخذ النيابة مدعية أو مدعا عليها — من الناحية الاجرائية — مركز الطرف فى الخصومة . ولهذا تكون لها « ما للخصوم من حقوق » (٨٧ مرافعات) . فلها توجيه سير الخصومة وابداء الطلبات والدفوع وتقديم الحجج وأدلة الاثبات ، كما أن لها الطعن فى الحكم اذا لم تجب الى طلباتها (٣) . من ناحية أخرى ، تكون عليها ما على الخصوم من واجبات وأعباء (٤) .

٢١٦ — **(ب) التدخل :** ويفترض أن هناك خصومة قائمة بين أطرافها ، فتتدخل النيابة العامة فى هذه الخصومة . والهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون ، على نحو يحقق المصلحة العامة التى استهدفتها القاعدة القانونية المطبقة . وهو تدخل يساعد القاضى على تحقيق هذا

---

(١) ساتا : بند ٤٤ ص ٥٧ . زانزوكى : جزء أول بند ٣٣ ص ٣٣٣ .

(٢) موريل : بند ١٦١ ص ١٥٣ .

(٣) كوستا : بند ٨١ ص ١٠٧ . موريل : بند ١٥٩ ص ١٥٠ .

(٤) ليبمان : جزء أول بند ٩٢ ص ١٧٧ . راسا : رسالة مشار اليها ص ٣٠ . على انه من المقرر ان النيابة العامة اذا خسرت الدعوى ، فانه لايحكم عليها بالمصاريف . وعلة هذا ان النيابة العامة وان كانت تأخذ مركز الخصم من الناحية الاجرائية فانها فى الواقع ليست خصما يدافع عن مصلحة ذاتية له ، وانما هى تمارس وظيفة عامة لمصلحة المجتمع (ساتا : بند ٤٧ ص ٦٢ . ميكيلى : جزء أول بند ٥٦ ص ٢١٣) .

الهدف (١) • وقد جرى الفقهاء على تسمية النيابة العامة عندئذ بالطرف المنضم (٢) • وهى تسمية معيبة . فمن ناحية هى ليست طرفا لأن الطرف يسعى دائما — ولو كان منضما — للدفاع عن مصلحة ذاتية ، فى حين أن النيابة العامة تسعى بتدخلها الى تطبيق القانون • ومن ناحية أخرى ، هى ليست منضمة فهى لا تنضم للمدعى أو المدعى عليه اذ قد يكون تطبيق القانون غير متفق مع المصلحة التى يدافع عنها أيهما (٣) • ولهذا فهى لا تعتبر بتدخلها طرفا وانما هى ممثلة للمصلحة العامة فى خصومة بين آخرين (٤) • وعلى هذا الاساس تتحدد سلطاتها وهى سلطات تختلف عن سلطات الطرف فى الخصومة •

ويكون تدخل النيابة العامة اما وجوبيا ، أى يجب عليها التدخل ، أو اختياريا ، أى يترك التدخل لتقديرها • وللتفرقة بين نوعى التدخل أهمية خاصة • ففى حالات التدخل الوجوبى . اذا لم تتدخل النيابة العامة فان الحكم الصادر فى الدعوى يكون باطلا (مادة ٨٨) (٥) • ويكون البطلان متعلقا بالنظام العام ، للقاضى الحكم به من تلقاء نفسه ، ويمكن التمسك به فى أية مرحلة كانت عليها الخصومة ولو لاول مرة أمام محكمة النقض (٦) • وعلى العكس ، فى التدخل الاختيارى . اذا لم تتدخل النيابة فلا أثر لعدم تدخلها فى صحة الحكم •

واذا نص القانون على تدخل النيابة دون أن يصف تدخلها ، فان هذا التدخل يكون اختياريا ، اذ هو الأصل فى تدخل النيابة العامة (٧) •

---

(١) ساتا : بند ٤٥ ص ٥٩ — ٦٠ .
(٢) موريل : بند ١٥٩ ص ١٤٩ . رمزى سيف : بند ٦٢ ص ٩١ .
(٣) ليبمان : جزء أول بند ٩٣ ص ١٧٩ . راسا : ص ٣ بند ٣ .
(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ١٥٨ ص ٧٩ .
(٥) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٠٢ — ٢١٢ .
(٦) نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٣٦٣ — ٥٨ ولمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها بالرغم من عدم تمسك الطاعن به فى تقرير الطعن . (نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٩٦٦ — ٢٨٥) بل وبالرغم من معارضته فى الاخذ به (نقض مدنى ١١ ابريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٧٥٥ — ١٠٩) .
(٧) موريل : بند ١٦٠ ص ١٥١ .

ويكون تدخل النيابة وجوبيا فى ثلاث طوائف من الحالات:

(أ) فى جميع الدعاوى التى لها أنْ ترفعها ابتداء . فاذا رفعت دعوى شهر افلاس من غيرها ، فان عليها أن تتدخل فيها .

(ب) فى الحالات التى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها . من هذه ما تنص عليه المادة ٨٨/٢ مرافعات من أنه يجب على النيابة العامة أن تتدخل فى جميع « الطعون والطلبات أمام النقض » فى المسائل المدنية والتجارية ومسائل الاحوال الشخصية . وما تنص عليه المادة الأولى من قانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ من وجوب تدخل النيابة العامة فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية باستثناء تلك التى تختص بها المحاكم الجزئية والتى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية .

(جـ) اذا أمرت المحكمة بارسال ملف القضية الى النيابة العامة . فوفقا للمادة ٩٠ مرافعات ، للمحكمة من تلقاء نفسها فى أية حال كانت عليها الدعوى أن ترسل ملف القضية الى النيابة العامة اذا عرضت فى القضية « مسألة تتعلق بالنظام العام أو الآداب » . واذا أرسل الملف الى النيابة لعامة ، فليس لها تقدير تعلق الامر بالنظام العام أو الآداب ، فهذه مسألة سبق تقديرها من المحكمة ، وانما يجب على النيابة العامة التدخل(١).

أما التدخل الاختيارى فى القانون المصرى فهو فى طائفتين من الحالات:

(أ) حالات محددة ينص القانون على جواز تدخل النيابة العامة فيها . وأهم هـذه الحالات تلك التى تنص عليها المادة ٨٩ مرافعات ومنها الدعاوى الخاصة بعديمى الاهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين

---

(١) ساتا : بند ٤٦ ص ٦١ . سوليس وبيرو : جزء اول بند ٨٧٢ ص ٧٣٤ .

والدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية (١) والهبات والوصايا المرصدة للبر ، ودعاوى رد القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم . وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١ من قانون ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ من أنه يجوز للنيابة العامة التدخل فى قضايا الاحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية والتى أصبحت من اختصاص المحاكم الجزئية .

(ب) اذا تعلقت الدعوى بالنظام العام أو الآداب . ويرجع تقدير تعلق الدعوى بالنظام العام أو الآداب الى النيابة العامة .

وسواء كان التدخل وجوبيا أو اختياريا ، فانه غير جائز بالنسبة للدعاوى المستعجلة (٢) (٨٨ و ٨٩ مرافعات) .

---

(١) اختلفت أحكام محكمة النقض حول ما اذا كان تدخل النيابة فى المنازعات المتعلقة بالوقف الخيرى التى كانت تختص بها المحاكم الشرعية وأصبح الاختصاص بنظرها للمحاكم عملا بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يعتبر تدخلا وجوبيا او جوازيا. فقد ذهبت بعض أحكام الدائرة المدنية الى ان هذا التدخل جوازى وذلك عملا بالمادة ٨٩/٢ مرافعات التى تنص صراحة على ان تدخل النيابة جوازى « فى الدعاوى المتعلقة بالاوقاف الخيرية » (من هذا الراى : نقض مدنى ١٩٧٦/١١/٢ فى الطعن رقم ٢٧٧ لسنة ٣٩ ق . و ١٩٧٨/٢/٢ فى الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٢ ق) . بينما ذهبت احكام اخرى للدائرة المدنية واحكام من دائرة الاحوال الشخصية الى أن تدخل النيابة هنا وجوبى وذلك لانه « لايسوغ القول بأن المادة ٨٩ مرافعات جعلت تدخل النيابة العامة جوازيا بالنسبة لقضايا الوقف الخيرى وانها تعد ناسخة للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لانه بالاضافة الى ان القانون العام لا يلغى الحكم الوارد فى قانون خاص ، فان الفقرة الاخيرة من المادة ٨٨ أوجبت تدخل النيابة فى الحالات التى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها « نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٢٢ – فى الطعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٢ ق . ونقض أحوال شخصية ٧ ابريل ١٩٧٦ و ١٩ مايو ١٩٧٦ – مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ – عدد ١ – ص ١٧٨ رقم ٢٣)

وفى تقديرنا أن نص المادة ٨٩ مرافعات يعتبر ناسخا لنص القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . ولا يقال ان النص العام لا ينسخ النص الخاص،ذلك ان نص المادة ٨٩ مرافعات لا يعتبر نصا عاما بل هو نص خاص ينص بصفة محددة خاصة على « الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية ، وهو باعتباره نصا خاصا نسخ النص الذى سبقه . كما لا يقال ان المادة ٨٨ مرافعات تشير الى الحالات التى ينص القانون على التدخل وجوبا فيها ، ذلك أن نص قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نسخ – كما قدمنا – بنص المادة ٨٩ مرافعات فلا ينصرف اليه نص المادة ٨٨ مرافعات .

(٢) وعلة هذا أن هذه القضايا تقتضى العجلة ، فلا يجوز تأخير الفصل فيها الى حين ابداء النيابة العامة رأيها ، ومن ناحية اخرى ، فان المطلوب فى =

وحيث يخول القانون النيابة العامة سلطة التدخل فى حالة من الحالات وجوبيا أو جوازيا ، فان لها هذه السلطة ليس فقط أمام محكمة أول درجة وانما أيضا أمام محكمة ثانى درجة . ولا يعفيها من واجب التدخل أمام المحكمة الاستئنافية — عندما يكون التدخل وجوبيا — أن تكون قد تدخلت أمام محكمة أول درجة فى نفس القضية (١) . ومن ناحية أخرى . فان وجوب تدخل النيابة أو جوازه يكون قائما ، سواء رفعت الدعوى المتعلقة به كدعوى أصلية أو كطلب عارض ، أو أثيرت كمسألة أولية فى دعوى أخرى (٢) .

وتيسيرا لتدخل النيابة ، تنص المادة ٩٢ مرافعات على أنه فى جميع الاحوال « التى ينص فيها القانون على تدخل النيابة العامة » أى سواء كان هذا التدخل وجوبيا أو اختياريا ، يجب على قلم الكتاب اخبار النيابة كتابه بمجرد قيد الدعوى (٣) . وعلة هذا النص هو أن تعلم النيابة العامة بوجود خصومة مما يجب أو يجوز أن تتدخل فيها فتقوم بواجبها فى الفرض الأول ، وتقدر ما اذا كانت المصلحة العامة تستدعى تدخلها فى الفرض الثانى . فاذا كانت المسألة التى يجب أو يجوز أن تتدخل فيها النيابة قد عرضت أثناء الدعوى ، فان قلم الكتاب يقوم باخطار النيابة بناء على أمر من المحكمة التى تنظر الدعوى . ولا تقدير للمحكمة فى اصدار هذا الامر (٤) . فاذا لم يحدث الاخطار ، ولو رجع الى عدم أمر

=
هذه القضايا هو مجرد اجراء وقتى مما لا يتسم بالخطورة على المصلحة العامة التى تتدخل النيابة لحمايتها . ورغم أن المادة ٩٠ مرافعات مصرى لم تستثن هذه القضايا ، فانه يجب القول — لنفس العلة — بأنه ليس للقاضى — فى المواد المستعجلة — ان يأمر بأرسال ملف القضية للنيابة العامة لابداء رأيها فيها .

(١) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٩٥ — ١٤٨ ، فأن لم تتدخل أمام المحكمة الاستئنافية ، فان الحكم يكون باطلا (نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٢ — ٩٤٩ — ١٤٧) .

(٢) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٠٢ — ٢١٢ .

(٣) ثم يرسل لها ملف القضية مشتملا على مستندات الخصوم ومذكراتهم (مادة ٩٢) . وبالنسبة للطعون أمام محكمة النقض تنظم المادة ٢٦٣ مرافعات ارسال ملف الطعن من قلم الكتاب الى النيابة العامة ، وايداع النيابة العامة مذكرة بأقوالها .

(٤) رمزى سيف : بند ٦٦ ص ٩٨ .

المحكمة لقلم الكتاب بالاخطار ، ولم تتدخل النيابة العامة فى الدعوى ، فان الحكم الصادر يكون باطلا • ويكون الامر كذلك ولو كان تدخل النيابة اختياريا ، اذ لو أخطرت النيابة ، فقد كان من المحتمل أن تتدخل • فعدم اخطارها أضاع هذا الاحتمال (١) • على أنه حيث يكون التدخل لمصلحة خاصة ، كما فى حالة التدخل فى القضايا الخاصة بالقصر • فان البطلان الناشىء عن عدم اخطار قلم الكتاب النيابة العامة بقيام الدعوى يكون بطلانا غير متعلق بالنظام العام لا يجوز التمسك به الا للقصر دون غيرهم من الخصوم (٢) •

ويجب أن يحدث تدخل النيابة قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى (مادة ٩٤) •

ووفقا للمادة ٩٢ مرافعات ، للنيابة العامة ـ ان تدخلت ـ الحق فى أن تطلب من المحكمة مهلة سبعة أيام على الاقل لتقديم مذكرة بأقوالها • وتبدأ هذه المهلة من اليوم الذى يرسل لها فيه ملف القضية مشتملا على مستندات الخصوم ومذكراتهم •

ويختلف مركز النيابة عند تدخلها فى الخصـومة عن مركزها عندما تكون مدعية أو مدعا عليها • فعندما تتدخل فى الخصومة تتدخل فيها بالحالة التى عليها • فليس لها أن توجه سيرها أو تتقدم بطلبات فيها أو تحضر اجراءات التحقيق • وانما تقتصر سلطاتها على ابداء الرأى بشأن

---

(١) نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١٠٦٠ ـ ١٨٤ و ٩ أبريل ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٦٤٩ ـ ١٥٠ •

(٢) نقض مدنى ١٧ يونيو ١٩٦٤ ـ مجموعة النقض ١٥ ـ ٨٣٦ ـ أ فاذا فاتهم التمسك به امام محكمة الموضوع ، فلا يجوز لهم التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ ق . و ٢٠ يونيو ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٢٠٢ ـ ١٨٠ و ١٨ مارس ١٩٧١ ـ مجموعة النقض ٢٢ ـ ٣٥٩ ـ ٥٧) . كما يسقط التمسك به بالكلام فى الموضوع (نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٥ ـ فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق) •

ما قدمه الخصوم من طلبات ودفوع (١) ، (٢) . ولهذا ، يجب أن تكون النيابة العامة عندئذ — على خلاف حالها عندما تكون طرف أصليا (٣) — آخر من يتكلم فى الخصومة . فليس للخصوم — بعد ابداء النيابة رأيها — « أن يطلبوا الكلام ولا أن يقدموا مذكرات جديدة وانما يجوز لهم أن يقدموا للمحكمة بيانا كتابيا لتصحيح الوقائع التى ذكرتها » (٩٥/١ مرافعات) دون تلك التى ذكرها الخصم الآخر . فاذا جدت ظروف استثنائية ، رأت معها المحكمة أن تقبل من الخصوم مستندات جديدة أو مذكرات تكميلية ، فان للمحكمة أن تأمر باعادة المرافعة ، وتعطى النيابة الفرصة فى أن تكون « آخر من يتكلم » (٩٥/٣ مرافعات) . على أن القول بأن النيابة العامة هى آخر من يتكلم ليس معناه ما يفهم من ظاهره . فاذا كانت النيابة قد أبدت رأيها فى الخصومة ، ثم حدث ما يستدعى ابداء الرأى كما لو كان قدم دفاع أو مستند جديد (٤) ، أو قدم دفاع من متدخلين (٥) ، أو أعيدت القضية الى المرافعة (٦) ، أو حكم

---

(١) العشماوى : جزء ثان بند ٦٨٧ ص ١٦١ . موريل : بند ١٥٩ ص ١٥٠ .

(٢) على ان للنيابة العامة عندما تكون متدخلة الدفع بانتفاء الولاية ، والدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام ولكن ليس لها التمسك بالدفوع الموضوعية التى لمحض مصلحة الخصم كالدفع بالمقاصة القانونية . وليس لها الدفع بالتقادم لمصلحة المدعى عليه .

Allorio (Enrico), Il publico ministero nel nuovo processo civile riv. proc. civ. 1941-1 p. 253.

(٣) نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٦٦ — ٩٢ .

(٤) نقض مدنى ٢٩ ديسمبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٩٩٦ — ٢٩١ .

(٥) نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٠١٣ — ١٥١ .

(٦) نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٨٤٣ — ١٢٠ .

بقبول الدعوى بعد أن ذهبت النيابة الى عدم قبولها ، فلا تلتزم النيابة بابداء رأيها فيما جد فى الخصومة ولو كان تدخلها فيها وجوبيا . ويحمل عدم ابداء رأيها على أنها لم تجد ما يدعوها لتغيير رأيها السابق وابداء رأى جديد . ومن ناحية أخرى ، لا تلتزم المحكمة باعادة الملف الى النيابة ما لم تطلب النيابة العامة ذلك (١) . ولذلك لا يكون الحكم الصادر باطلا لعدم ابداء النيابة رأيها — مرة أخرى — كآخر المتكلمين الا اذا كانت قد طلبت الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت (٢) .

واذا صدر الحكم ، فرغم أن النيابة العامة كمتدخلة ليس لها مركز الطرف فى الخصومة مما كان يقتضى عدم اعطائها سلطة الطعن فيه ، فان الاتجاه الحديث هو اعطاؤها هذه السلطة حتى تستطيع أن تعرض وجهة نظرها مرة أخرى أمام محكمة الطعن . ولهذا تنص المادة ٦٩ مرافعات على أن للنيابة العامة — التى تدخلت فى خصومة — أن تطعن فى الحكم الصادر فيها فى حالتين .

(أ) اذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام .

(ب) اذا نص القانون على تخويل النيابة العامة الطعن فى الحكم فى حالة معينة ، ولو لم يكن الحكم قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام . ومن هذه ما تنص عليه المادة ٥٠١ مرافعات ملغى (٣) من أن للنيابة العامة الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى بطلان زواج الاجانب .

وفى غير هاتين الحالتين يكون طعن النيابة فى الحكم غير مقبول (٤).

---

(١) نقض مدنى ١٥ أبريل ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٥٥٠ — ٨٩

(٢) نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١١٠٣ — ٢١١ و ١٥ أبريل ١٩٦٤ — مشار اليه .

(٣) وهى ما زالت سارية وفقا للمادة الأولى من قانون اصدار قانون المرافعات الجديد .

(٤) نقض مدنى ٩ أبريل ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢١ — ٥٨٥ — ٩٤ .

٢١٧ — (ج) الطعن فى الحكم : أحيانا تخول النيابة العامة سلطة الطعن فى حكم صدر فى خصومة بين أطرافها لم تتدخل هى فيها . وفى القانون المصرى ، للنيابة العامة هذه السلطة فى صورتين :

١ — فى الاحوال التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها ، اذا حدث ولم تتدخل ، وكان الحكم قد صدر مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام (مادة ٩٦ مرافعات) (١) . ويمكن الطعن بأى طريق من طرق الطعن التى يقبلها الحكم ، ووفقا لاجراءات هذا الطريق . ويلاحظ أنه اذا كان التدخل وجوبيا ، فان الطعن فى الحكم من النيابة العامة انما يرمى الى القضاء ببطلان الحكم لصدوره بغير تدخلها ، ولا يعتبر وسيلة لابداء رأيها .

٢ — فى الاحوال التى يخول فيها القانون للنائب العام الطعن لمصلحة القانون . ويكون الطعن هنا بطريق النقض (مادة ٢٥٠ مرافعات) . وسندرس هذه الحالة عند بحث الطعن بالنقض .

واذا رفع الطعن — أيا كان طريقه — من النيابة العامة ، كانت لها سلطات الطاعن ، كما تكون عليها واجباته وأعباؤه .

٢١٨ — كيفية مثول النيابة العامة فى الخصومة المدنية :

لأن الخصومات التى تمثل فيها النيابة العامة ، سواء بواسطة الادعاء أو الدفاع أو التدخل أو الطعن ، أخذت — فى القانون الحديث — يتزايد عددها بسبب تزايد مصالح المجتمع والدولة ، فقد حرصت التشريعات المختلفة على التخفيف من العبء على أعضاء النيابة العامة باعفائهم مما يجب على الخصوم من حضور . واعمالا لهذا الاتجاه تنص المادة ٩١

---

(١) تضيف المادة ٩٦ « .. أو اذا نص القانون على ذلك » . والمقصود هو الحالات التى تتدخل فيها النيابة بالفعل ، وينص القانون على تخويلها الطعن فى الحكم ، فيكون لها هذا ولو لم يخالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام .

مرافعات على أن تعتبر النيابة ممثلة فى الخصومة متى قدمت مذكرة برأيها . فلا يشترط حضورها الا اذا نص القانون صراحة على وجوب حضورها(١). ومثال هذا النص ما تقضى به المادة ٨٧١ مرافعات ملغى (٢) من أنه يجب حضور أحد أعضاء النيابة عند نظر دعاوى الاحوال الشخصية (٣) . فحيث يوجد مثل هذا النص ، يجب على ممثل النيابة العامة أن يحضر جلسات المحاكمة ولا يكتفى بارسال مذكرة برأى النيابة . والا كان الحكم باطلا (٤) . على أنه حتى فى القضايا التى يجب حضور النيابة العامة فيها ، فانه لا يلزم حضورها فى جلسة النطق بالحكم (٩١/٣ مرافعات) .

---

(١) على أنه لا يوجد ما يمنع من حضورها ، وابداء رأيها شفاهة اذا رأت ذلك فى غير الحالات التى يجب عليها فيها الحضور .

(٢) وهى مازالت سارية وفقا للمادة الاولى من قانون اصدار قانون المرافعات الحالى .

(٣) رمزى سيف : بند ٦٦ ص ٩٨ .

(٤) نقض مدنى ١٧ يونيو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٣٠ — ٩٦ — ١٥٧ .

الباب الثانى

نظرية العمل الجرائى (١)

مقدمة

٢١٩ – اهمية النظرية وصعوبتها : ان العلم القانونى كأى علم ، كلما تقدم فى خطواته ، اهتم بالبحث عن قواعد عامة كلية تحكم الظواهر المتشابهة • واذا كان فقه القانون الموضوعى بتأصيله لنظرية التصرف القانونى قد خطا خطوة واسعة ، فان فقه قانون القضاء هو الآخر بحاجة الى تأصيل العمل الاجرائى وتمييزه عن غيره ووضع القواعد العامة التى تحكمه • ذلك أن قواعد قانون القضاء التى تحكم اعمال الخصومة تنطبق على هذه الاعمال دون غيرها (٢) • على أن دراسة العمل الاجرائى تقابل صعوبات لم يقابلها فقه القانون الموضوعى عند تأصيله للتصرف القانونى (٣) • وترجع هذه الصعوبات الى أمرين :

(أ) تنوع الاعمال الاجرائية : فهذه الاعمال أعمال متنوعة يقوم بها أشخاص مختلفون • فبعضها يقوم بها موظف عام ، وبعضها يقوم بها الخصم ، وبعضها يقوم بها الغير • ومن ناحية أخرى ، فان بعضها يمثل

---

(١) كنا اول من استعمل اصطلاح « العمل الاجرائى » فى اللغة القانونية العربية فى رسالتنا نظرية البطلان ١٩٥٨ بجامعة القاهرة . وقد انتقل الاصطلاح الى احكام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر ١٩٧٣ – مجموعة النقض ٢٤ – ١٣٨٨ – ٢٣٨ و ١٩ نوفمبر ١٩٧٥ – مجموعة النقض ٢٤ – ١٣٨٨ – ٢٣٨) كما أخذ به بعض الفقهاء (ابراهيم نجيب سعد : القانون القضائى الخاص – بند ٢٦٧ ص ٦٧١ . محمد عبد الخالق عمر : قانون المرافعات ١٩٧٩ – ص ٥ . وفى الاجراءات الجنائية : أحمد فتحى سرور – الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية ١٩٧٠ – ص ٣٦٠) .

(٢) Chiovenda : Principii di diritto processuale civile, 3 a ed., Napoli 1923, p. 766.

(٣) Costa (Antonio) : Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali, Bologna 1921, p. p. 15-16.

استعمالا لوظيفة قضائية أو ولائية أو ادارية ، وبعضها يمثل استعمالا لحق أو لسلطة أو قياما بالتزام أو بواجب أو بعبء . وهذا التنوع يؤدى الى صعوبة وضع قواعد عامة تحكمها .

(ب) عدم استقلال العمل الاجرائى (١) : فالأعمال الاجرائية تكــون أجزاء من خصومة واحــدة ، وهو ما يؤدى الى تأثر العمل الاجرائى بالاعمال الأخرى فى الخصومة ، مما يصعب معه النظر الى العمل الاجرائى مستقلا ودراسته فى ذاته .

٢٢٠ — **ماهية العمل الاجرائى :** يمكن تعريف العمل الاجرائى (٢) بأنه العمل الذى يرتب عليه القانون مباشرة أثرا اجرائيا ويكون جزءا من خصومة . فيجب لاعتبار عمل ما عملا اجرائيا :

(أ) أن يكون عملا قانونيا : فلا تعتبر أعمال الذكاء المحضة مثل قيام القاضى بدراسة أوراق القضية أعمالا اجرائية (٣) . كذلك لاتعتبر الاعمال الممهدة للقيام بأعمال قانونية فى الخصومة أعمالا اجرائية . ومثالها الحضور أمام القضاء (٤) .

(ب) أن تترتب عليه مباشرة آثار اجرائية . والاثر الاجرائى هو الاثر المتعلق بالخصومة سواء ببدئها أو بالمشاركة فى سـيرها أو تعديلهـا أو انهائها . ويجب أن يكون هذا الاثر مباشرا . ولهذا فانه لا يعتبر عمـلا اجرائيا النزول عن الحق الموضوعى أو النزول عن الدعوى ، ذلك أن الاثر الاجرائى المترتب على أى منهما — وهو انتهاء الخصومة — ليس أثرا

---

(١) Furno (Carlo) : Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile. Padova 1956, no. 5 p. 409.

(٢) فارن : كيوفندا : مبادىء ص ٧٦٦ — ٧٧٧ . ردنتى : جزء اول بند ٥٣ ص ١٩٨ . كارنيلوتى : نظم — جزء اول — بند ٢٨٢ ص ٢٨٢ .

(٣) كيوفندا — مبادىء ص ٧٦٨ .

(٤) Betti (Emilio) per una classificazione degli atti procee ssuali di parte. riv. dr. proc. civ. 1928, 1. p. 107.

مباشرا للعمل ، وانما يترتب كنتيجة لاثر موضوعى هو زوال الحق أو زوال الدعوى (١) •

(ج) أن يكون جزءا من خصومة : ولهذا لا تعتبر أعمالا اجرائية تلك التى تكون خارج الخصومة سواء تمت قبل بدء الخصومة أو أثناءها ولو ترتبت عليها آثار اجرائية • ولهذا لايعتبر عملا اجرائيا : طلب احدى الوثائق من احدى الهيئات الادارية لتقديمه فى الخصومة أو عقد الوكالة بالخصومة •

٣٢١ — طبيعة العمل الاجرائى : يرى من تعرض من الفقهاء الفرنسيين لهذه المسألة أن العمل الاجرائى يعتبر تصرفا قانونيا (٢) • وفى تقديرنا أنه ليس صحيحا أن الأعمال الاجرائية تعتبر تصرفات قانونية ، ومن ناحية أخرى ، فانه حتى اذا كانت بعض هذه الأعمال مما يمكن أن يعتبر تصرفا قانونيا ، فانه لا فائدة من هذا التكييف • ذلك أن هذه الاعمال لا تخضع للقواعد العامة للتصرف القانونى ، كما أنها أيضا لا تخضع لقواعد مستقلة عن تلك التى تخضع لها الأعمال الاجرائية الأخرى • وذلك كله على التفصيل الآتى :

(أولا) الأعمال الاجرائية ليست تصرفات قانونية : قد تصدر الأعمال الاجرائية من القاضى أو من أطراف الخصومة أو من غيرهم •

١ — أعمال القاضى : أهم أعمال القاضى هو الفصل فى الدعوى • أى بيان ارادة القانون فى دعوى معينة • فالقانون قاعدة عامة يقوم القاضى بتطبيقه فى حالة محددة • وللقيام بهذه المهمة يجب على القاضى أن يتأكد من أن الحالة المحددة تأخذ تكييفا قانونيا معينا ، وأن هذا التكييف المعين

---

(١) كارنيلوتى : نظم — جزء اول بند ٢٨٣ ص ٢٨٢ .

(٢) سوليس : محاضرات ص ٤٢٦ . موريل : بند ٣٨٢ ص ٣١١ . وانظر عرضا تفصيليا لموقف هذا الفقه فى نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٤٥ ص ٩٧ وما بعدهما .

تنطبق عليه القاعدة العامة . فاذا ثبت له هذا ، أمر بذلك التطبيق . ومن هذا يبدو أن الحكم يتكون من عنصرين : عنصر التقدير giudizio وعنصر الأمر . وليس لارادة القاضى فى أى من العنصرين أى سلطان . فهو اذ يقوم بالتقدير انما يعتمد — بصرف النظر عن الاثبات الفعلى — على ذكائه ومنطقة وليس على ارادته . وهو اذ يأمر لا يعمل ارادته وانما يعمل ارادة القانون التى يلتزم بحكم وظيفته بالأمر وفقا لها (١) . لاشك أن القاضى يصدر الحكم بارادته ، ولكن ارادة القاضى ليست هى التى تكون مضمون الحكم . ولهذا لا يمكن اعتبار الحكم تصرفا قانونيا (٢) .

٢ — أعمال الخصوم : لا شك أن العمل الاجرائى الصادر من الخصم هو عمل ارادي ، كما هو الحال بالنسبة لأعماله القانونية الأخرى (٣) ، الا أن ارادة الفرد ليس لها فى دائرة الاعمال الاجرائية سلطان كذلك الذى لها خارج الخصومة . فالفرد فى الخصومة لكى يحقق هدفا اجرائيا يخضع خضوعا تاما للقانون الذى يبين له الوسيلة ويحدد له شكلها وينظم آثارها (٤) . قد تكون له حرية القيام بالعمل أو عدم القيام به ولكن حتى فى الفرض الأول لا يكون للارادة أى سلطان لأن الآثار الاجرائية التى تترتب على العمل محددة من قبل المشرع وليس للفرد أن يقوم بتعديلها (٥) . ويرجع انعدام سلطان ارادة الخصم الى أن الخصومة نظام من القانون العام ، تخضع منذ بدئها الى حين انتهائها لاشراف موظف عام هو القاضى . ووجود القاضى يؤدى الى عدم امكان أن ترتب أعمال الخصوم آثارها وفقا لارادة الخصم . فالخصم يقدم الطلب وتقف ارادته عند هذا الحد ، فقد يقبل القاضى الطلب أو يرفضه . والخصم يقدم دليل اثبات ، قد يقبله القاضى أو لا يقبله . وهكذا (٦) .

---

(١) روكو : الحكم المدنى — بند ١٣ ص ٢٨ — ٢٩ .
(٢) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان للمؤلف ص ١١١ حاشية ١ .
(٣) زانزوكى : جزء أول ص ٣٩٦ . ليبمان : جزء أول ص ١٨٨ .
(٤) ساتا : بند ١٠٢ ص ١٠٨ .
(٥) كوستا : الاشارة السابقة ص ٨٨ — ٨٩ .
(٦) فورنو : دراسات لردنتى — مشار اليها ص ٤١٢ .

٣ ـ الأعمال الصادرة من الغير : ونقصد بها أعمال غير القاضي والخصوم كالأعمال التي يقوم بها الخبراء والشهود والمترجمون أو تلك التي يقوم بها معاونو القاضي من الموظفين • ويكاد يجمع الفقهاء على أن الشهادة وعمل الخبير أو المترجم لا تعتبر تصرفات قانونية • والواقع أن الشاهد يقتصر على القيام باعلان علمه بواقعة أو عدم علمه بها ، كذلك الخبير أو المترجم ، فلسنا في مجال اظهار للارادة (١) • ومن ناحية أخرى ، فان أعمالهم ليس لها أثر محدد في الخصومة ، فهي تخضع دائما لتقدير القاضي • كذلك من المتفق عليه أن أعمال مساعدي القاضي من الموظفين العامين لاتعتبر تصرفات قانونية • ففي أغلب الأحوال لا يقوم هذا الموظف بعمل قانوني مستقل • وانما يقتصر على تدوين أو تلقي أعمال أشخاص آخرين (القاضي أو الخصم أو الغير) • ومثل هذه الأعمال التي ترمي الى تقرير أعمال أخرى actes instrumentaires لا تعتبر تصرفات قانونية (٢) • فمن يقوم بها ليس لارادته أي سلطان •

(ثانيا) لا فائدة لفكرة التصرف القانوني في نطاق الأعمال الاجرائية• على أنه حتى اذا سلمنا بوجود بعض الأعمال الاجرائية التي يمكن أن تكون لها طبيعة التصرف القانوني ، فان هذا التكييف لا يقدم أية فائدة نظرية أو عملية • فمن ناحية ، من المسلم أن هذه الأعمال لا تخضع للقواعد العامة للتصرف القانوني (٣) فوجود القاضي مهيمنا على الخصومة ومشرفا على أعمال الخصوم يحول دون تطبيق قواعد التصرف القانوني الواردة في المجموعة المدنية• ومن ناحية أخرى : من المسلم أنه ليست هناك قواعد خاصة

---

(١) أنظر في الفقه الفرنسي بالنسبة للشهادة :

Travaux de la commission de réforme du code civ. t. 3. 1947-1948- p. 128.

وفي مصر : عبد الرزاق السنهوري ـ التصرف القانوني والواقعة القانونية ـ دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٣ ـ ١٩٥٤ ص ٤١ ـ ٤٢ .

(٢) أنظر مناقشات لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي ـ جزء ثالث الاشارة السابقة .

(٣) كيوفندا : مبادىء ـ ص ٧٧٦ . وانظر عرضا تفصيليا في نظرية البطلان للمؤلف بند ٦٩ ص ١٣٦ وما بعدها .

تنطبق على التصرف القانونى الاجرائى دون غيره من الأعمال الاجرائية(١)• ولهذا فان اطلاق وصف التصرف القانونى على بعض الأعمال الاجرائية لا يؤدى الا الى نقل مصطلحات من فقه القانون المدنى دون أن ينقل معها معناها أو الفائدة التى لها • فضلا عن أنه قد يؤدى الى الخلط ، اذ قد يحمل على الاعتقاد بتطبيق قواعد التصرف القانونى على الأعمال الاجرائية التى يطلق عليها هذا الوصف (٢) ، فى حين أن العمل الاجرائى أيا كان يخضع لنفس القواعد (٣) •

وندرس هذه القواعد فى فصلين ، ندرس فى أولهما مقتضيات العمل الاجرائى ، وندرس فى الثانى جزاء تخلف هذه المقتضيات •

الفصل الأول

مقتضيات العمل الاجرائى

المبحث الاول

المقتضيات الموضوعية للعمل الاجرائى

للعمل الاجرائى ـ شأنه شأن أى عمل قانونى ـ مقتضيات موضوعية• وقد ذهب بعض الفقهاء (٤) الى اعتبار شروط الدعوى مقتضيات موضوعية للعمل الاجرائى • ولكن هذا الرأى يخلط بين العمل الاجرائى وهو جزء من الخصومة وبين الحق فى الدعوى • فالخصومة ـ كما أسلفنا ـ توجد صحيحة ولو لم يتوافر الحق فى الدعوى •

ويمكن القول أن المقتضيات الموضوعية للعمل الاجرائى هى :

---

(١) كوستا : التصرفات القانونية ـ مشار اليها ـ ص ١٧٢ .
(٢) نظرية البطلان ـ للمؤلف ـ بند ٧١ ص ١٤٠ ـ ١٤١ .
(٣) بتى : تقسيم الاعمال الاجرائية ـ مشار اليه ـ ص ١٢٣ ـ ١٢٤ .
(٤) De Bieville (Marc) : Les nullités des actes de procédure en matière civile, thèse Paris 1941. p. 10.
جارسونيه : جزء ثالث بند ٥٤ ص ٩٩ .

٢٢٢ ـ (أ) الصلاحية للقيام بالعمل الاجرائى : يجب لصحة العمل الاجرائى أن تتوافر لدى من قام به الصلاحية اللازمة • وتختلف هذه الصلاحية باختلاف الأعمال الاجرائية على النحو التالى :

١ ـ الاعمال الصادرة من القاضى أو غيره من الموظفين : يجب أن يتوافر لدى القائم بالعمل كل من الصلاحية العامة والصلاحية الخاصة للقيام به • أما الصلاحية العامة فيقصد بها أن يكون القائم بالعمل متمتعا بصفة موظف من الفئة التى يصدر منها العمل • فاذا كان عملا يصدر من قاض ، فيجب أن يكون من قام بهذا العمل قاضيا • وان كان عملا مما يصدر من كاتب المحكمة فيجب أن يصدر من شخص له هذه الصفة • أما الصلاحية الخاصة ، فيقصد بها أن يكون القائم بالعمل صالحا لأداء وظيفته بالنسبة لهذا العمل بالذات • وهذه الصلاحية الخاصة هى الأخرى ذات شقين : شق موضوعى ، وتسمى عندئذ بالاختصاص ، وشق شخصى وتسمى عندئذ بالصلاحية الشخصية (١) • فالقائم بالعمل يجب أن يكون مختصا بالقيام به وفقا لقواعد الاختصاص التى يضعها القانون • على أنه يلاحظ أن القاضى يكون مختصا ببعض الأعمال الاجرائية ولو كان غير مختص بالدعوى • فالقاضى غير المختص بالدعوى يختص باصدار حكم بعدم الاختصاص وببطلان صحيفة الدعوى • ويمكن أن نقرر أن اختصاص القاضى بالدعوى ليس لازما لاختصاصه باصدار عمل اجرائى الا ابتداء من الأعمال التى تتصل ببحث موضوع الدعوى (٢) • أما اقتضاء الصلاحية الشخصية للقيام بالعمل فان من تطبيقاتها (٣) عدم صحة القرار الذى يصدره قاض يتوافر فيه سبب من أسباب عدم الصلاحية أو قاض حكم برده عن نظر الدعوى ، أو يصدره عدد من القضاة يكونون هيئة أقل أو أكثر مما يوجبه القانون •

---

(١) انظر : زانزوكى ــ جزء اول ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٢) Betti (Emilio) : Diritto processuale civile, Roma 1939. No. 29. p. 117.

(٣) انظر : زانزوكى ــ جزء اول بند ١١٦ ص ٣٠٠ وما بعدها .

٢ - **اعمال الخصوم** : يجب أن يتوافر لدى القائم بالعمل صفة فى القيام به . وتتوافر هذه الصفة اذا كان القائم بالعمل خصما توافرت لديه الأهلية الاجرائية ، وكان من سلطته القيام بالعمل دون تمثيل قانونى أو اتفاقى أو كان القائم بالعمل من يمثل الخصم تمثيلا صحيحا (١) . وقد سبق بيان هذا .

٣ - **اعمال الغير** : ومثالها شهادة الشهود أو عمل الخبير فى القضية . وهذه أيضا يجب توافر صلاحية فيمن يقوم بها . فالشخص لا يكون أهلا لأداء الشهادة - وفقا المادة ٦٤ من قانون الاثبات - اذا لم يكن قد أتم خمسة عشرة عاما وقت أدائه الشهادة . كما تنص المواد من ٦٥ الى ٦٧ من نفس القانون على حالات يمنع فيها الشاهد من أداء الشهادة . ومن ناحية أخرى تنص المادة ١٣٩ من قانون الاثبات على أن الخبير اذا لم يكن مقيدا بالجدول لا يكون صالحا لأداء الخبرة الابعد حلفه يمينا أمام قاضى الأمور الوقتية . وتنص المادة ١٤١ من نفس القانون على حالات لرد الخبير ويترتب على الحكم برده عدم صلاحيته للقيام بمهمته .

٢٢٣ - **(ب) ارادة العمل الاجرائى** : العمل الاجرائى كعمل قانونى يجب أن تتوافر فيه الارادة (٢) ويفترض وجود الارادة دائما بتوافر الشكل القانونى . على أن الارادة قد لا توجد رغم توافر الشكل ، فاذا ثبت عدم وجودها فان الشخص الذى ينسب اليه العمل يستطيع أن يتمسك ببطلانه (٣) . ومن صور عدم وجود الارادة أن يصدر العمل من مجنون أو سكران أو طفل غير مميز أو من ذاهل لا يعى ما يقول . ومن صورها أيضا أن يقع اكراه يعدم الارادة . ولهذا اذا ترك المدعى الخصومة تحت اكراه من المدعى عليه ، أو أقر المدعى عليه تحت اكراه المدعى ، أو قام شاهد بالشهادة نتيجة لاكراه فان العمل يكون باطلا (٤) .

---

(١) وقد لا تتوافر الصفة الاجرائية لمجرد توافر الاهلية والتمثيل القانونى اذا تطلب القانون صفة خاصة للقيام باجراء معين . وابرز مثال لها اجراءات التنفيذ ، اذ يجب لتوافر الصفة فى القيام بها توافر الحق فى التنفيذ الجبرى .

(٢) كارنيلوتى : نظام - جزء ثان بند ٥٠٢ ص ٣٧٢ .

(٣) ردنتى : جزء أول بند ٥٤ ص ٢٠٠ .

(٤) انظر : كارنيلوتى : نظام جزء ثان بند ٥٠٣ ص ٣٧٣ .

واذا وجدت الارادة ، وجد العمل الاجرائى صحيحا • ولا يؤثر تعيب الارادة فى صحته • ولهذا فانه لا يؤثر فى صحة العمل الاجزائى وقوع غلط فى الواقع أو فى القانون (١)، أو وقوع تدليس من أحد الخصوم (٢) • ويرجع عدم تأثير عيوب الارادة فى صحة العمل الاجرائى الى عدة اعتبارات أهمها :

١ - أن العمل الاجرائى ليس تصرفا قانونيا • واذا كان التصرف القانونى ينتج آثاره باعتبار أن ارادة من قام به قد اتجهت اليها ولهذا فانه يمكن ابطاله اذا كانت الارادة معيبة بعيب يقطع هذه الرابطة بينها وبين الآثار القانونية للتصرف ، فان الأمر ليس كذلك بالنسبة للعمل الاجرائى (٣) •

٢ - وظيفة الخصومة : فالخصومة أداة تحقيق الحماية القضائية ، وهو ما يوجب أن تنتهى الخصومة محققة هدفها فى سرعة وبغير تعقيد • ولا يعقل أن يجعل من الخصومة ميدانا لمنازعات فرعية حول عيوب الارادة بالنسبة لكل عمل منها (٤) •

٣ - ان البحث فى عيوب الارادة فى التصرف القانونى يرمى الى تجنب التزام شخص ضد ارادته ، وهذه العلة لا تتوافر بالنسبة للعمل الاجرائى ، اذ الأعمال الاجرائية - فى غالبيتها - لا ترتب بطبيعتها التزامات على عاتق من قام بها (٥) •

٢٢٤ - (ج) محل العمل الاجرائى : يقصد بمحل العمل الاجرائى

---

(١) مثال الغلط فى الواقع ان يرفع شخص دعوى معتقدا ان لديه من ادلة الاثبات ما يكفى لكسب القضية . ومثال الغلط فى القانون اقرار أحد الخصوم معتقدا أن اقراره لا يلزمه . انظر :

Micheli (,S. A.) : La rinunzia agli atti del giudizio, Padova 1973-No. 32. p. 132.

(٢) ميكيلى : الاشارة السابقة .

(٣) Calvosa (Carlo) Struttura del pignoramento del sequestro conservativo, Milano, 1953-p.p. 219-221.

(٤) ردنتى : جزء أول بند ٥٤ ص ٢٠١ - ٢٠٢ .

(٥) ردنتى : الاشارة السابقة .

أحد معنيين : ١ — ما يرد عليه العمل ، وبهذا المعنى يعتبر المحل مفترضا لكى ينتج العمل آثاره القانونية . والمحل بهذا المعنى ليس مفترضا لكل الأعمال الاجرائية . وهو قد يكون شيئا جامدا وقد يكون شخصا . فأمر القاضى بتقديم مستند محله هذا المستند . والحجز محله الشيء المحجوز، وأمر القاضى باحضار شاهد محله هذا الشاهد (١) . ويشترط فى المحل كمفترض للعمل الاجرائى أن يكون موجودا ومعينا ، وأن يكون قابلا للتعامل فيه . أى قابليته لان يكون محلا للعمل الاجرائى من الناحية القانونية . ولهذا الشرط أهمية خاصة بالنسبة لمحل الحجز . فالقانون يمنع الحجز على بعض الأموال . فاذا حجزت كان الحجز باطلا لعدم قابلية المحل للتعامل فيه (٢) .

٢ — مضمون العمل (٣) : وبهذا المعنى يعتبر المحل عنصرا من عناصر العمل الاجرائى . ويختلف المضمون باختلاف العمل . ففى الطلبات يعتبر محلا لها ما يطلب . وفى الاعلان اخبار المعلن اليه بشيء . ويشترط فى المحل بهذا المعنى : (أ) أن يكون موجودا ومعينا . واذا كان لهذا الشرط أهمية فى التصرف القانونى فان أهميته بالنسبة للعمل الاجرائى أقل . لوجود عنصر الشكل محققا له . فالقانون يوجب فى صحيفة افتتاح الخصومة أن تبين ما يطلبه المدعى باعتباره عنصرا شكليا ، ويوجب أن يبين الحكم ما يتضمنه من قرار كبيان فى الحكم .. وهكذا . (ب) أن يكون قابلا للتعامل فيه : وهذا الشرط ليس له أهمية خاصة بالنسبة للعمل الاجرائى . ذلك أن القانون يحدد مقدما مضمون كل عمل فلا يترك للارادة سلطانا فى هذا الشأن . فمحل الطلبات . وهو ابداء رغبة الى القاضى ، مشروع بطبيعته . فاذا قدم طلب غير مشروع ، كأن يطلب المدعى تنفيذ عقد مخالف للنظام العام أو حسن الآداب ، فان الطالب يعتبر صحيحا ولكنه غير مقبول (٤) ، اذ القانون لا يخول الحق فى هذه الدعوى .

---

(١) كارنيلوتى : نظم الخصومة — بند ٣٢١ ص ٣١٠ — ٣١١ .
(٢) كارنيلوتى : الاشارة السابقة .
(٣) ردنتى : جزء أول بند ٥٤ ص ٢٠٤ .
(٤) عبد المنعم الشرقاوى : المرافعات بند ٢٧ ص ٣٧ — ٢٨ .

كذلك بالنسبة للحكم ، فالحكم محله — وهو اصدار قرار — مشروع دائما . واذا تصورنا صدور حكم يقضى بما هو غير مشروع ، فانه يكون حتما قد أخطأ فى تطبيق القانون . وهنا لا يتعلق الأمر بعيب فى الحكم كعمل قانونى ، بل يتعلق بخطأ فى التقدير (١) .

المبحث الثانى
شكل العمل الاجرائى

٢٢٥ — الاعمال الاجرائية اعمال شكلية : القاعدة العامة بالنسبة للأعمال الاجرائية هى قانونية الشكل . بمعنى أنها يجب أن تتم لا تبعا للوسيلة التى يختارها من يقوم بها ، بل تبعا للوسيلة التى يحددها القانون (٢) . وتختلف الشكلية جمودا ومرونة من عمل الى آخر . فاذا لم يحدد المشرع شكل العمل فمفاد هذا أنه يترك تحديده لقواعد الخبرة ، ولما يقتضيه مضمون العمل (٣) . والشكلية فى العمل الاجرائى مقررة لصحة العمل لا لاثباته . ولهذا فانه اذا كان العمل معيبا بعيب شكلى فلا يجوز تكملة هذا النقص عن طريق الاثبات . وتطبيقا لهذا لا يجوز اثبات أن ورقة الاعلان التى ينقصها تاريخ الاعلان قد أعلنت فى الواقع فى يوم معين . كذلك اذا لم يبين المحضر فى ورقة الاعلان قيامه باجراءات الاعلان التى ينص عليها القانون فلا يجوز احالة الأمر الى التحقيق لاثبات أنه قد قام فعلا بهذه الاجراءات (٤) . ولا يحل محل اتباع الشكل القانونى شهادة الشهود أو حتى الاقرار (٥) .

---

(١) انظر فى التفرقة بينهما ما سيلى بشأن الطعن فى الاحكام .

(٢) Calamendrei (Piero) : Istituzioni di diritto processuale civile, Padova 1943 V, I-no. 43 p.p. 158-159.

(٣) Jaeger (Nicola) : Nullita degli atti processuali-Eniclopedia giuridica italiana, Milano 1973, p. 835.

(٤) نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٣٢٤ .

(٥) نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٠٣٦ — ١٦١ .

والقاعدة هي أن الشكل القانوني يعتبر أنه قد احترم ، وعلى كل من يدعي وجود مخالفة أن يثبت هذه المخالفة (١) •

وهنا يجب التفرقة بين فرضين :

(أ) ألا يتطلب القانون بيان اتباع هذا الشكل في المحرر • وهنا يمكن اثبات مخالفة الشكل بكافة طرق الاثبات (٢) •

(ب) أن يتطلب القانون بيان هذا الشكل في المحرر • وهنا يكون مجرد عدم بيان الشكل دليلا على عدم احترامه ، ويقع عبء اثبات احترامه على من يدعيه (٣) • وعلى العكس اذا أثبت المحرر أن الشكل قد احترام ، فالفرض أنه كذلك حتى يثبت العكس (٤) • وفي الحالتين . فان اثبات عكس ما جاء في المحرر يجب أن يتم في الغالب عن طريق الادعاء بالتزوير (٥) ، ذلك أن معظم الأعمال الاجرائية تتم اما بواسطة موظف رسمي أو أمامه وتثبت هذا في محرر رسمي •

وتحديد ما اذا كانت هنالك مخالفة للشكل يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة عليه لمحكمة النقض (٦) •

٣٢٩ — مظاهر الشكلية في العمل الاجرائي : قد يكون العمل الاجرائي عنصرا من عناصره ، وقد يكون ظرفا يجب أن يتم فيه :

١ — الشكل كعنصر من عناصر العمل : ويقصد به الوسيلة التي يتم بها العمل • والقانون قد يشترط كشكل للعمل أن يتم كتابة • فاذا لم

---

(١) نقض مدني ٢٥ أكتوبر ١٩٨٤ في الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٠ ق . ٢١ أبريل ١٩٨٠ في الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٤٧ ق . و ٩ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣١٦ — ٥١ . نقض مدني ٢٨ ديسمبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ١١١٥ — ١٨٩ .

(٢) نقض فرنسي عرائض ١٤ أكتوبر ١٩٤١ — دالوز ١٩٤١ — قضاء ٣٧٢ .

(٣) نقض مدني فرنسي ٥ أغسطس ١٩٠١ — سيري ١٩٠٢ — ١ — ٧١

(٤) نقض فرنسي عرائض ٢٩ يولية ١٩٤٧ — سيري ١٩٤٧ — ١ — ١٩٩

(٥) نقض مدني ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧

(٦) نقض فرنسي عرائض ٢٣ أكتوبر ١٩٠٣ — سيري ١٩٠٥ — ١ — ٧

تشترط الكتابة ، فانه يمكن القيام بالعمل شفويا (١) • وتتطلب التشريعات المختلفة أن يتم العمل الاجرائى فى اللغة الرسمية للدولة • وتطبيقا لهذا تقضى المادة ١٩ من قانون السلطة القضائية بأن « لغة المحاكم هى اللغة العربية » ، وعلى المحكمة أن تسمع « أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلونها بواسطة مترجم بعد حلف يمين » • فالاستثناء يقتصر على الأعمال الشفهية فلا يمتد الى الأعمال التى يجب أن تتم كتابة • ومن ناحية أخرى ، فان النص ينطبق على الخصوم والشهود فلا يسرى بالنسبة للمحامى الذى يمثل الخصم ، فالمحكمة لا تسمع المحامى الا باللغة العربية • واذا تطلب الامر تقديم مستند مكتوب بلغة أجنبية كدليل فى الدعوى ، فيجب أن ترفق به ترجمة عربية له (٢) •

وأحيانا يتطلب القانون عند القيام بعمل اجرائى معين أداء رسم معين ، وهذا الرسم لا يعتبر شكلا للعمل • على أنه من الناحية العملية قد يتخذ الرسم أهمية تقرب من أهمية الشكل • ذلك أنه اذا قام الخصم بعمل اجرائى دون دفع الرسم الواجب ، فان للموظف الذى يتم العمل أمامه أن يمتنع عن تسلم الورقة • فاذا تم العمل دون أن يتنبه الموظف الى المخالفة ، فان للقاضى أن ينبه الخصم اليها ويستبعد القضية من جدول الجلسة الى حين سداد الرسم (مادة ١٣/٢ قانون ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية) • على أنه اذا صدر الحكم ، فانه يعتبر صحيحا منتجا لآثاره ، فلا يجوز — لأن الرسم ليس شكلا للعمل — ابطال الحكم بسبب المخالفة المالية (٣) •

---

(١) نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٦٦٦ — ٩٢ .

(٢) ويجب ان تكون هذه الترجمة رسمية . وتكفى الترجمة العرفية للمستند المقدمة من الخصم اذا لم ينازعها باقى الخصوم (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٦ — مجلة ادارة القضايا ١٩٧٧ — عدد ٤ — ص ١٧٩ بند ١٤) . فاذا اغفلت المحكمة طلب ترجمة المستندات المقدمة الى اللغة العربية ، كان حكمها الذى أقامته على هذه المستندات مستوجب النقض ، (نقض مدنى ١٦ يونيو ١٩٥٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٢٦٦ — ١٧١) .

(٢) موريل : بند ٣٨٩ ص ٣١٧ . كيوفندا : مبادىء ص ٦٧٥ . نقض ايجارات ١٧ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٠٨٦ لسنة ٤٩ ق .

٣٢٧ ـ ٢ ـ **الشكل كظرف يتم فيه العمل** : والشكل هنا يقف خارج العمل الاجرائى ؛ ولكن يجب وجوده لكى ينتج العمل آثاره القانونية • والظروف الشكلية للعمل الاجرائى قد تتصل بمكان العمل أو بزمانه •

(أ) مكان العمل الاجرائى (١) : ينظم القانون بالنسبة لبعض الأعمال الاجرائية المكان الذى يجب أن تتم فيه • من هذا مثلا ما قد ينص عليه القانون من تسليم صورة ورقة الاعلان فى مكان معين (كموطن المعلن اليه) • وهناك أعمال تحدد طبيعتها المكان الذى تتم فيه • من هذه مثلا معاينة المكان اذ يجب أن تتم فى المكان المراد معاينته •

(ب) زمن العمل الاجرائى : ويحدد القانون زمن العمل الاجرائى على صور مختلفة :

١ ـ قد يحدده دون علاقة بأية واقعة سابقة أو لاحقة • ومن هذا ما نص عليه المادة ٧ مرافعات من أنه لا يجوز اجراء أى اعلان أو تنفيذ فى يوم عطلة رسمية أو ـ ولو كان اليوم ليس عطلة ـ قبل السابعة صباحا ولا بعد الخامسة مساء • فهنا تحديد الزمن جاء مجردا ؛ فالعمل يمكن أن يتم فى أى يوم مادام ليس يوم عطلة رسمية • كما يمكن أن يتم فى أية ساعة مادامت من الساعة السابعة صباحا حتى الساعة الخامسة مساء•

٢ ـ وقد يحدد القانون زمن العمل بيوم معين أو بساعة ودقيقة معينة • فهنا لا يكون التحديد مجردا (٢) ، بل مرتبطا بواقعة معينة • ومثاله ما تنص عليه المادة ٦٥ مرافعات من أن على المدعى عند تقديم صحيفة دعواه أن يرفق بها جميع المستندات المؤيدة للدعوى •

٣ ـ وقد يحدده بوجوب القيام بالعمل فى ترتيب معين بين أعمال ووقائع الخصومة الاخرى (٣) : فالاعمال الاجرائية يجب أن تتسلسل

= مدنى ٢٩ ديسمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١٣٨٨ ـ ٢٣٨ . و ١١ أبريل ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١٠٧ . و ٦ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١٤٤ ـ ٢٧ .

(١) كيوفندا : مبادىء ص ٦٧٠ . ساتا : بند ١٢٢ ص ١٨١ ـ ١٨٢

(٢) انظر : كارنيلوتى : نظم ـ جزء ثان بند ٥٢٦ ص ٤٣٧ ـ ٤٤٠ .

(٣) انظر : ردنتى : جزء أول بند ٦٠ ص ٢٢٤ .

زمنيـا ومنطقيا تسلسلا يؤدى الى تحقيق وظيفة الخصـومة • وهذا الترتيب بين الأعمال الاجرائية تحدده فى الغالب طبيعتهـا دون حاجـة لتدخل المشرع • فمن الواضح مثلا أن الدفع الموجه الى طلب معين يقدم بعد هذا الطلب • على أن هناك بعض الأعمال الاجرائية يتصور أن تتم قبل أو بعـد غيرها ، وهنا يتدخل المشرع ليضمن تحقيق الغـاية من الخصومة • من هذا مثلا ما تنص عليه المادة ١٠٨ مرافعات من ترتيب معين لابداء الدفوع • فاذا لم يتدخل المشرع لترتيب هذه الأعمـال ، فيجب أن يراعى فى ترتيبها أن تحقق الغاية من الخصومة على أحسن وجـه •

٤ ـ المواعيد : وندرسها ـ لأهميتها ـ بالتفصيل فيما يأتى

٢٢٨ ـ **المواعيد** : الميعاد هو فترة بين لحظتين لحظة البـدء ولحظة الانتهاء (١) • وللمواعيد فى الخصومة وظيفتان • فبعضها يرمى الى دفع الخصم الى القيام بعمل اجرائى معين حتى لا تبقى الخصومة مؤبدة بغير نهاية (٢) ؛ ومثالها ميعـاد سقوط الخصـومة • وبعضها يرمى الى منح الخصم فترة زمنية كافية للقيام بعمل ؛ ومثالها ميعاد التكليف بالحضور •

ويجب التفرقة بين المواعيد الاجرائية ومواعيد التقادم • فالميعـاد الاجرائى هو لذى يتعلق بعمـل اجرائى يتم وفقا لسلطة اجرائية ، أى سلطة نشأت أثناء الخصومة أو بسببها • أما ميعـاد التقـادم فهو الذى يتعلق بالحق فى الدعوى • ولكل منهما وظيفة مختلفة • فميعاد التقـادم يرمى الى تأكيد مركز واقعى أو قانونى يتعلق بالقانون الموضوعى . أما المواعيـد الاجرائية فانهـا ترمى الى وظيفة متعلقة بأداء الخصـومة لهدفها (٣) •

ويحدد المشرع المواعيد الاجرائية تحديدا جامدا • وهو يراعى فى هذا التحديد ما يراه مناسبا فى الأحوال العادية • فاذا تبين أن الميعـاد الذى

---

(١) كارنيلوتى : نظم جزء ثان بند ٥٢٨ ص ٤٤١ .
(٢) كوستا : بند ١٦٦ ص ١٩٨ .
(٣) انظر : سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٢٨ ص ٣٩٤ .

حدده المشرع غيرمناسب في خصومة معينة ، فلا أثر لهذا على وجوب احترامه (١) . وليس للخصوم تعديل الميعاد — ولو باتفاقهم — الا اذاأعطى لهم القانون هذه السلطة (٢) . والى جانب المشرع ، قد يقوم القاضي بتحديد مواعيد اجرائية . على أنه ليس له هذه السلطة الا اذا خولها له القانون صراحة (مثل ميعاد تأجيل الجلسة — مادة ٩٨) (٣) . وقد يخول القاضي منح ميعاد معين فيكون الميعاد قضائيا ، وقد يخول سلطة تقصير ميعاد قانوني أو مده (مثال — مادة ٦٦ التي تخول القاضي سلطة تقصير مواعيد الحضور) . وأخيرا ، فقد يخول الخصوم سلطة الاتفاق على ميعاد في الخصومة فيكون الميعاد اتفاقيا .

وتنقسم المواعيد الى : (أ) مواعيد يجب أن تنقضي بأكملها قبل الحضور أو قبل امكان القيام بالعمل وتسمى بالمواعيد الكاملة ، اذ يجب أن تنقضي بأكملها قبل القيام بالعمل . ومثالها ميعاد التكليف بالحضور .

(ب) مواعيد يجب أن يتم العمل قبل بدئها : ومثالها ما تنص عليه المادة ٤٣٢ من وجوب التقرير بالاعتراض على قائمة شروط البيع قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل . فالتقرير يجب أن يتم قبل بدء الميعاد .

ويتميز هذان النوعان بأنهما يرميان الى الابعاد بين عملين أو عمل وواقعـــة .

(جـ) مواعيد يجب أن يتم العمل خلالها : ومثالها ميعاد الطعن في الحكم . وتسمى بالمواعيد الناقصة فهي اذ يجب أن يتم العمل خلالها ، لا يمكن الاستفادة منها بأكملها (٤) .

وقد تحدد المواعيد بالساعات أو بالايام أو بالشهور أو بالسنوات . فاذا كان الميعاد محددا بالســاعات كما لو حدد القانون ميعادا بأربعة

---

(١) Copel (Louis) : Du délais en procédure civile thèse, Paris

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٣٨١ ص ٢١٧ .

(٣) كوبل : رسالة مشار اليها بند ٤٧ ص ٢٩ .

(٤) كيوفندا : مبادىء ص ٦٦٨ . ردنتي : جزء اول بند ٦٠ ص ٢٢٤ .

وعشرين ساعة (١) فانه يحسب من ساعة الى ساعة • واذا كان محددا بالايام فيحسب اليوم من الساعة صفر بعد منتصف الليل الى منتصف الليل التالى • واذا كان محدداً بالشهور ، فانه يحسب بالشهور دون نظر لعدد أيام الشهر ، ولهذا فانه اذا كان الميعاد شهرا يبدأ من ١٦ فبراير ، فانه ينتهى فى ١٥ مارس • كذلك الامر اذا كان الميعاد محددا بالسنين فلا ينظر الى عدد أيامها • واذا نص القانون على ميعاد بالشهر أو بالسنة ، فيجب حسابه بالتقويم الميلادى ما لم ينص القانون صراحة على غير ذلك (٤/١٥) •

ومن المقرر أنه اذا كان الميعاد محددا بالايام أو بالشهور أو بالسنين ، فلا يدخل فى حسابه اليوم الذى تم فيه العمل أو الواقعة الذى يكون بداية الميعاد (١/١٥) • ولهذا اذا نص القانون على أن ميعاد الاستئناف أربعون يوما من صدور الحكم ، وصدر الحكم يوم ١٥ يناير فان ميعاد الاستئناف يحسب من يوم ١٦ يناير (٢) • وعلى عكس بداية الميعاد ، فان اليوم الذى ينتهى به الميعاد يدخل فى الحساب (٢/١٥) (٣) • وعلى هذا اذا كان الميعاد عشرين يوما وبدأ يوم ١٠ يناير فانه ينتهى يوم ٢٩ يناير • ووفقا للمادة ١٥ مرافعات اذا كان الميعاد كاملا ، فانه يمكن القيام بالعمل فى اليوم التالى لانقضاء آخر يوم فيه ، فى حين أنه بالنسبة للميعاد الناقص يجب القيام بالعمل على الأكثر فى آخر يوم • وما قلناه سواء بالنسبة لبداية الميعاد أو نهايته يصدق أيضا على الميعاد المقدر بالساعات (٣/١٥) • فلا تحسب الساعة التى

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول ٤٣٠ ص ٣٩٦ •

(٢) نقض مدنى ٤ ابريل ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ — ٣٩٤ •

(٣) ولم يحدد القانون طريقة حساب الميعاد الذى يجب أن يتم العمل قبل بدئه . ونرى بسبب الطبيعة الخاصة لهذا الميعاد أن تطبق عليه قاعدة عكسية . فيوم الواقعة التى تحدد نهاية الميعاد لا يدخل فى حساب الميعاد ومن ناحية أخرى — لانه ميعاد كامل — يجب القيام بالعمل قبل بدايته . وعلى هذا اذا كانت جلسة الاعتراض على قائمة شروط البيع يوم ١٥ مارس، فلا يحسب هذا اليوم . ويحسب الميعاد كاملا قبله (أيام ١٤ و ١٣ و ١٢ مارس) فيجب تقديم الاعتراض قبل يوم ١٢ مارس •

يتم فيها العمل أو الواقعة بداية الميعاد ، وعلى العكس تدخل الساعة الأخيرة فى الحساب •

ويثير حساب الميعاد مشكلة بالنسبة لأيام العطلات الرسمية ، ذلك أنه لا يمكن قانونا القيام بعمل اجرائى أثناء العطلة الرسمية • والقاعدة فى هذا الصدد (المادة ١٨ مرافعات) هى وجوب التفرقة بين فرضين : فاذا جاء يوم العطلة فى بداية الميعاد أو فى أثنائه فليس له اعتبار • فاذا كان الميعاد عشرة أيام وقع وسطها يوم جمعة ، فان الميعاد لا يقف أو يمتد بسببه (١) • أما اذا وقعت العطلة فى آخر يوم من أيام الميعاد ، فان الميعاد يمتد الى أول يوم عمل بعدها (٢) • وعلة هذا الامتداد هى أن تتاح الفرصة لمن تقرر الميعاد لمصلحته للتروى فى القيام بالعمل حتى آخر يوم فيه • فاذا قرر القيام بالعمل فى هذا اليوم ووجده عطلة رسمية فيجب أن يمنح يوما كاملا بعدها • ومن المقرر أن هذا الامتداد ينطبق على الميعاد سواء كان مقدرا بالساعات (٣) أو بالايام أو بالشهور أو بالسنين ، وسواء كان ميعادا كاملا كميعاد التكليف بالحضور أو ناقصا (٤) يلزم حصول الاجراء خلاله •

---

(١) نقض مدنى ٢٠ يونيو ١٩٣٥ — المحاماة ١٦ — ٢٧٧ — ١١٥ .

(٢) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٢٠٥ — ٣١ ويمتد الميعاد الى أول يوم فقط من أيام العمل مهما كان عدد أيام العطلة التى وقعت آخر الميعاد (نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٥٨ — مجموعة النقض ٩ ص ١٤٦) .

(٣) نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٥٧ مجموعة النقض ٨ ص ٤٦٤ . وعندئذ يمتد الميعاد الى أول ساعة عمل بعد العطلة وليس يوما كاملا .
اما اذا كان الميعاد مما يجب أن يتم العمل قبل بدئه ، فان الميعاد لايمتد بسبب العطلة الرسمية . ذلك أن الامتداد يكون بالنظر الى نهاية المواعيد واذا قيل بمد هذا الميعاد فهو لن يمتد الا من ناحية بدايته ، اذ نهايته محددة بواقعة قانونية معينة سلفا لا يتصور تحركها . وهو اذا امتد من ناحية بدايته ، فان ذلك لن يكون امتدادا بل انحسارا للميعاد ، على حساب الشخص المقرر لصالحه هذا الميعاد . وهو ما يتنافى مع هدف المشرع من امتداد المواعيد . (ابو الوفا : ص ٢٥٤ حاشية ٤ . ابراهيم سعد : ص ٦٩١ . نقض مدنى ١٦ نوفمبر ١٩٥٠ — مجموعة النقض ٢ — ١١) . عكس هذا : وجدى راغب — مبادىء الخصومة المدنية ١٩٧٨ — ص ٤٧ . وذلك على أساس ان نص المادة ١٨ نص عام .)

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٤٠ ص ٤٠٤ .

٢٢٩ - ميعاد المسافة : تمكينا للخصوم من الاستفادة الكاملة بالمواعيد المقررة لصالحهم ، ينص القانون على أن تضاف الى الميعاد الأصلى ميعاد مسافة بين المكان الذى يجب انتقال الشخص المستفيد من الميعاد أو ممثله منه (١) والمكان الذى يجب عليه الحضور فيه أو القيام فيه بعمل اجرائى من خلال هذا الميعاد (٢) • ويجب لاضافة ميعاد المسافة أن تكون المسافة المتقدم ذكرها خمسين كيلو مترا على الأقل • فان قلت عن هذا ، فلا يضاف أى ميعاد للمسافة • وميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى مصر هو يوم واحد عن كل خمسين كيلو متر (١٦ مرافعات) ، ومايزيد من الكسور عن ثلاثين كيلو مترا يزاد له يوم على الميعاد • وعلى أيةحال لا يزيد ميعاد المسافة لمن موطنه فى مصر - باستثناء مناطق الحدود - عن أربعة أيام • أما من يكون موطنه فى مناطق الحدود ، فان ميعاد المسافة بالنسبة له - بصرف النظر عن البعد بالكيلو مترات - خمسة عشر يوما • فان كان موطن الشخص فى خارج جمهورية مصر ، فان ميعاد المسافة له ، أيا كان موقع موطنه ، ستون يوما • على أنه بالنسبة لهذا الشخص :

(أ) لقاضى الأمور الوقتية - بناء على طلب طالب الاعلان - الأمر بانقاص ميعاد المسافة بالنظر الى سهولة المواصلات أو ظروف الاستعجال فى الدعوى ولو كانت دعوى موضوعية ، وعندئذ يجب اعلان صورة أمر القاضى مع ورقة الاعلان •

(ب) اذا كان هذا الشخص قد أعلن أثناء تواجده داخل الجمهورية ، فانه لا يستفيد من ميعاد المسافة المقرر له اذا أعلن فى موطنه بالخارج ، وانما يستفيد فقط من مواعيد المسافة العادية المقررة لمن موطنه فى مصر محسوبة بالنظر الى مكان اعلانه • على أنه يجوز لقاضى الأمور الوقتية - بالنظر لظروف تواجده فى غير موطنه - أن يأمر بمد هذه المواعيد •

---

(١) ويعتبر ممثلا للخصم المحضر الذى عليه الانتقال من مقر المحكمة الى محل من يراد اعلانه ، فيحسب ميعاد المسافة بين هذين المحلين (نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ٣٤٢ - ٤٨) •

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٤٢ ص ٤٠٥ •

كما أن للمحكمة عند نظر الدعوى اعتبارها ممتدة • وفى الحالتين ، لايمنح الشخص ميعاد مسافة أطول من ستين يوما (مادة ١٧ مرافعات) •

وتضاف مواعيد المسافة أيا كان نوع الخصومة (١) وأيا كانت طريقة حساب الميعاد الأصلى ولو كان يحسب بالساعات (٢) ، أو بالسنين (٣) ، وسواء كان هذا الميعاد قانونيا أو قضائيا (٤) • على أنه يلاحظ ما يأتى :

١ — اذا كان للمعلن اليه موطن مختار فى البلدة التى بها المكان الذى يجب أن يتم فيه الحضور أو العمل الاجرائى فلا يضاف ميعاد مسافة بين مكان العمل والموطن الأصلى للخصم ما دام الاعلان قد حدث فى الموطن المختار (٥) •

٢ — أن ميعاد المسافة بعد اضافته للميعاد الاصلى يلتحم به بحيث يعتبر آخر يوم فى ميعاد المسافة هو اليوم الأخير للميعاد • ولهذا يمتد الميعاد اذا وقع آخر يوم فيه عطلة رسمية ، وذلك بالنظر الى آخر يوم فى ميعاد المسافة (٦) • واذا تعلق الامر بميعاد يتعلق بالنظام العام — كميعاد طعن فى الحكم — فانه يجب على المحكمة مراعاة ميعاد المسافة من تلقاء نفسها اذ هو جزء من الميعاد (٧) •

---

(١) ولو تعلقت بالاحوال الشخصية ، اذ ليس فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ما يمنع ذلك مما يوجب تطبق احكام قانون المرافعات (نقض أحوال شخصية ديسمبر ١٩٨١ — فى الطعن رقم ٦ لسنة ٥١ ق .).

(٢) وفى هذه الحالة يمتد الميعاد الى نفس الساعة التى كان ينتهى فيها الميعاد الاصلى ، وذلك بعد اضافة اليوم أو الايام المكونة لميعاد المسافة .

(٣) ولهذا يضاف ميعاد مسافة الى ميعاد سقوط الخصومة (نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٣٤٣ — ٤٨) .

(٤) أما الميعاد الاتفاقى ، فلا يضاف اليه ميعاد مسافة (رمزى سيف: بند ٣٩٢ ص ٤٨٩) ويلاحظ أن الميعاد الذى يجب أن يتم العمل قبل بدئه لا يمتد بسبب ميعاد المسافة ، وذلك لنفس العلة التى من أجلها لا يمتد بسبب العطلة الرسمية (انظر ص ٤٢٨ حاشية ٣) .

(٥) ابو الوفا : التعليق — جزء اول ص ٦٨ — ٦٩ . نقض مدنى ٤ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق . (ولو كان الموطن الاصلى فى الخارج) .

(٦) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٤٠ ص ٤٠٤ .

(٧) فاذا رفع الطعن بعد الميعاد — بضم ميعاد المسافة — وجب على المحكمة ان تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن (نقض مدنى ١٢ أبريل ١٩٧٨ — مجلة ادارة القضايا ١٩٧٨ — عدد ٣ — ص ٢٢٠ رقم ٢١) .

٣ — يحسب ميعاد المسافة بالنظر الى موطن الشخص الذى له سلطة القيام بالعمل الاجرائى خلال الميعاد . ولهذا فانه اذا كان هناك ممثل للخصم له هذه السلطة ، وبدأ الميعاد من اعلان هذا الممثل ، فالعبرة بموطنه دون نظر الى موطن الخصم (١) .

٤ — ميعاد المسافة بالنظر الى المسافة بين مدينتين لا تدخل فى حسابه المسافة داخل المدينة . فالمسافة تكون بينهما واحدة بصرف النظر عن القرب أو البعد من محطة السفر (٢) .

٢٣٠ — الاعلان : اعمالا لمبدأ المواجهة ، يتطلب القانون فى كثير من الأعمال الاجرائية اعلانها الى الخصم الآخر . ويرمى الاعلان الى ايصال واقعة معينة الى علم المعلن اليه . واذا تطلبه القانون فانه يعتبر الوسيلة الوحيدة لهذا العلم . بمعنى أنه لا يجوز — عند عدم القيام به أو تعيبه — الاستعاضة عنه أو تكملته بالعلم الفعلى للواقعة ولو كان علما مؤكدا بطريقة قاطعة (٣) . كما أنه اذا تم وفقا للشكل الذى يتطلبه القانون ، فلا يجوز الادعاء بعدم العلم . ذلك أن عدم العلم الفعلى لا ينفى تحقق العلم القانونى بالاعلان ، وهو ما له وحده اعتبار فى نظر القانون . ولهذا فان الاعلان يتحقق قانونا بتسليم صورة الاعلان لمن يصح تسليمها اليه بصرف النظر عن علم المعلن اليه بما تتضمنه .

ومن المقرر أنه متى تم الاعلان قانونا ، فانه لا ينتج أثره الا بالنسبة للشخص الذى وجه اليه وبالصفة المحددة فى ورقة الاعلان . فلا تنسحب آثار الاعلان الى غيره من الاشخاص أيا كانت علاقتهم به (٤) .

---

(١) رمزى سيف : الاشارة السابقة .

(٢) نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٥٩ — مجموعة النقض ١٠ ص ٣٧٣ .

(٣) نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق . و ١٦ فبراير ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٢١٥ ، و ٢٤ ابريل ١٩٥٢ — مجموعة النقض ٣ — ٩٥٠ — ١٠٠٤ . (فلا يجزى عنه اطلاع من يراد اعلانه على الحكم او علمه به او تقديمه كمستند فى قضية كان مختصما فيها) .

(٤) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨ ق .

وقد أناط القانون المصرى القيام بالاعلان بموظف رسمى معين هو المحضر . فكل اعلان — ما لم ينص القانون على خلاف ذلك — لا يتم الا بواسطة المحضر (مادة ٦ مرافعات) . وقد ذهب البعض الى أن الاعلان بواسطة المحضر يكلف كثيرا ، وأن من الأيسر أن يتم بواسطة البريد (١) . وقد ذهب القانون المصرى فى احدى مراحله (المادة ١١٥ من مجموعة سنة ١٩٤٩ عند صدورها) بهذا النظام ولكن هذا النظام ألغى سنة ١٩٦٢ . ولم يعد القانون المصرى يعرف نظام الاعلان بواسطة البريد الا فى أحوال استثنائية قليلة (٢) .

ولكل محضر اختصاص محدد بنطاق المحكمة التى يعمل بها ، وليس له أن يقوم بالاعلان خارج نطاق هذه المحكمة ، والا كان الاعلان باطلا (٣) . على أن المحضر لا يقوم بالاعلان من تلقاء نفسه ، وانما يقوم به بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو بناء على أمر من المحكمة (مادة ٦) . ولا يقتصر دور طالب الاعلان على طلبه بل هو الذى يحرر ورقة الاعلان تاركا مسافات بيضاء فيها يكملها المحضر عند قيامه بالاعلان. والأصل أن يقوم المحضر بالاعلان بمجرد طلبه . على أنه قد يوجد مانع يمنعه من هذا سواء كان مانعا قانونيا كاشتمال الورقة على ما يخالف النظام العام أو الآداب ، أو مانعا ماديا كما لو كانت الورقة خالية من

---

(١) سليس وبيرو : جزء أول بند ٣٥٢ ص ٣٢١ .

(٢) ويقال تأييدا للاعلان بواسطة المحضر شخصيا دون الاستعانةبالبريد ما يلى — : أ — ان المحضر اذا أخطأ يكون مسئولا قبل طالب الاعلان مسئولية تعوضه عن كل الضرر الذى يصيبه ، فى حين أن مصلحة البريد مسئوليتها محددة جزئيا بما لا يتناسب عادة مع الضرر. ب — ما يسلم بواسطة البريدهو ظرف مغلق . فما الحل اذا ادعى المسلم اليه الاعلان انه وجد الظرف فارغا ؟ لا يمكن القول ان تسلم الظرف يفترض معه تسلم الورقة المطلوب اعلانها اذ مثل هذا الفرض لا يؤدى الى تحقيق الهدف من الاعلان . جـ — عند قيام المحضر بالاعلان فانه يوضح للمسلم اليه أهمية الورقة التى يتسلمها والآثار القانونية التى تترتب عليها . ولا تخفى أهمية هذا خاصة فى الريف ، ولايستطيع عامل البريد ان يقوم بهذه المهمة من ناحية لانه يسلم ظرفا مغلقا ومن ناحية أخرى لانه ليست لديه ثقافة قانونية أو الوقت اللازم لشرح الرسالة . (انظر : سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٥٢ ص ٣٢١ ومابعدها) .

(٣) دونوفريو : جزء أول بند ٣٦٢ ص ٢٦٣ .

البيانات اللازمة لامكان قيام المحضر باعلان . واذا وجد المحضر مثل هذا المانع ورفض الطالب ازالته فان عليه عرض المسألة فورا على قاضى الأمور الوقتية . فيقدر القاضى مدى صـواب رأى المحضر بشـأنه ، ويأمر — بعد سماع أقوال طالب الاعلان (١) — باعلان الورقة أو بعدم اعلانها أو باعلانها بعد ادخال تعديل فى صيغتها . ويقبل هـذا الأمر — باعتباره أمرا على عريضة — فى الحالتين الأخيرتين التظلم من طالب الاعلان. ويرفع التظلم أمام المحكمة الابتدائية التى تنظره فى غرفة المشورة وتفصل فيه نهائيا بعد سماع كل من المحضر والطالب (مادة ٨) .

ووفقا للمادة ٧ مرافعات لا يجوز اجراء أى اعلان قبـل السـاعة السابعة صباحا ولا بعد السـاعة الخامسـة مسـاء ولا فى أيام العطلة الرسمية . وعلة هذا التحديد ألا ينزعج الاشخاص الذين يجرى اعلانهم بدخول الموظف الرسمى الى محال اقامتهم فى أوقات راحتهم أو عطلتهم (٢) على أن القانون قدر احتمال قيام ضرورة للقيام بالاعلان فى غير الاوقات التى يسمح بالقيام به فيها ، فخولت نفس المادة لقاضى الامـور الوقتيـة عندئذ الاذن بالقيام بالعمل فى يوم عطلة أو فى غير الساعات التى يجوز فيها الاعلان . ويصدر الاذن كتابة بناء على طلب طالب الاعلان وفقـا لقواعـد الاوامر على العرائض . وتحديد العطلة الرسـمية هنا يكون بالنظر الى المعلن اليه ولهـذا فانه حـيث يكون الاعـلان لاحـدى الشركات التى تعمل يـوم الجـمعة وعطلتهـا الرسـمية يوم الأحـد ، فان الاعلان اليها يوم الجمعة ، ولو أنه يوم عطلة رسمية للدولة ، يعتبر اعلانا صحيحا (٣) . وعلى العكس ، يكون اعلانها يوم الأحد مخالفـا للمادة ٧ مرافعات سالفة الذكر . فاذا انتقل المحضر الى مقر الشركة يوم

---

(١) استثناء من القواعد العامة فى الاوامر على العرائض .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٥٨ — ٣٥٩ ص ٣٢٧ — ٣٢٩ . ويجب مراعاة هذا التحديد ولو تم الاعلان فى غير موطن المدعى عليه ، كما لو تم الاعلان فى مكتب محام باعتباره موطنا مختارا اذ يجب — له حته — أن يتم بين السابعة صباحا والخامسة مساء (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧) .

(٣) قارن : أحمد مسلم — بند ٣٦٩ ص ٤٠٦ . وقرب لرأينـا : وجدى راغب مبادىء ص ٥٩٥ هامش ٣ .

الأحد ، فوجد المكان مغلقا فليس له أن يسلم صورة الاعلان لجهة الادارة على أساس أنه وجد المكان مغلقا (١) اذ هو يعلم أو كان لابد له أن يعلم قبل انتقاله الى مقر الشركة أنه مغلق ذلك اليوم .

٢٣١ — ورقة الاعلان : تحرر ورقة الاعلان من أصل وعدة صور بقدر عدد المعلن اليهم ولو كانوا متضامنين أو يقيمون معا (٢) ويوجب القانون أن تشتمل هذه الورقة على بيانات معينة هى (٩ مرافعات)(٣) :

١ — وقت الاعلان : وذلك بذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التى حصل فيها الاعلان . والهدف منه حساب بداية الميعاد الذى يبدأ من تاريخ الاعلان ، ومعرفة ما اذا كان العمل محل الاعلان قد تم خلال الميعاد الذى حدده له القانون ، وما اذا كان الاعلان قد تم فى يوم وفى ساعة مما يجوز فيها ، وأخيرا لتحديد بداية الآثار القانونية التى ترتبط باعلان .

٢ — طالب الاعلان : والمقصود هو ذكر مايفيد فى تحديد شخصيته فيذكر اسمه ولقبه ، كما تذكر مهنته اذا كان ذكر الاسم واللقب غير كاف . واذا كان طالب الاعلان ممثلا غيره فيجب تحديد من يمثله الطالب ، أيا كان نوع التمثيل قانونيا أو تعاقديا . وأهمية هذا البيان هو أن يعرف المعلن اليه ممن ورد الاعلان . فاذا تعلق الأمر بصحيفة دعوى فانه يعرف المدعى (٤) . وفضلا عن ذلك تتطلب المادة ٩ بيان موطن طالب الاعلان ، وموطن من يمثله . أما بيان موطن طالب الاعلان فانه يمكن المعلن اليه من القيام باعلان الطالب اذا اقتضاه هذا الدفاع عن مركزه

---

(١) احمد مسلم — الاشارة السابقة .

(٢) وتسلم صورة واحدة للمعلن اليه الواحد ، ولو تعددت صفته (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٥٢ — ٨٤٠ — ١٣٧) .

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٣٩ ص ٣١٣ وما بعدها .

(٤) والمهم بيان الخصم ، وليس ممثل هذا الخصم . ولهذا حكم بأن بيان اسم الشركة ومركز ادارتها كاف ، ويغنى عن بيان اسم من يمثل الشركة ، كما لا يعتد بالخطأ فى هذا الاسم الاخير (نقض مدنى ٦ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة ١٨ — ١٨٢٠ — ٢٧٦) .

القانونى • أما بيان موطن من يمثله طالب الاعلان فانه يفيد فى تحديد شخصيته •

٣ — المحضر القائم بالاعلان : فيذكر اسم المحضر والمحكمة التى يتبعها • وذلك للتأكد من أن من قام بالاعلان له سلطة القيام به ، وأنه قد قام به فى حدود اختصاصه الاقليمى •

٤ — المعلن اليه : وذلك كما هو الحال بالنسبة للمعلن • ويأخذ بيان موطن المعلن اليه أهمية خاصة ، اذ هو الذى يسكن المحضر من القيام باعلانه • فان لم يكن طالب الاعلان يعرف موطنه عند الاعلان فانه يذكر آخر موطن يعلمه له (١) • فاذا تعمد طالب الاعلان ذكر موطن غير صحيح للمعلن اليه بقصد عدم وصول الاعلان اليه ، حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات (مادة ١٤ مرافعات)•

٥ — ذكر من تسلم صورة الورقة وذكر واقعة تسلمه لها وتوقيعه على الاصل (٢) ، وتحديد هذا الشخص يكون بذكر اسمه ، وصفته التى تبرر تسلمه الورقة (٣) • ووفقا للقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦ لم يعد يغنى عن التوقيع ذكر واقعة الامتناع عن التوقيع وسببه • فاذا رفض من يقبل الاستلام التوقيع أعتبر ممتنعا عن الاستلام (مادة ١١ معدلة سنة ١٩٧٦) •

٦ — توقيع المحضر : وهذا التوقيع هو وحده الذى يعطى ورقة الاعلان صفتها الرسمية ، اذ يؤكد نسبتها الى المحضر •

وفضلا عن هذه البيانات التى تنص عليها المادة ٩ ، اذا أنصب الاعلان على واقعة معينة — مثل اعلان الوفاة — فيجب بالضرورة أن تتضمن ورقة الاعلان بيانها ، اذ هذا هو موضوع الاعلان • أما اذا تعلق الأمر باعلان

---

(١) نقض مدنى ٢٨ ابريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٩٣٤ — ١٢٨ .

(٢) ولا يكفى اثبات المحضر فى ورقة الاعلان لواقعة مخاطبته واستلامه الصورة (نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٥٩١) .

(٣) وهذه الصفة سندرسها فيما يلى بند ٢٣١ وما بعدها .

ورقة ما - كما فى حالة اعلان الحكم - فلا يكفى أن تتضمن ورقة الاعلان اشارة اليه ، بل يجب أن ترفق صورة الحكم بها . ومن ناحية أخرى ، على المحضر أن يبين بالتفصيل فى ورقة الاعلان جميع الاجراءات التى اتبعها فى سبيل الاعلان (مادة ٣/١١) خطوة خطوة . اذ هذا البيان التفصيلى هو الذى يبعث الثقة فى اجراءات الاعلان ويرفع عنها كل شبهة .

ومن الناحية العملية تكون صيغة ورقة الاعلان كالتالى :

« انه فى يوم .. بناء على طلب .. ومهنته .. وموطنه .. بصفته ..(وموطن من يمثله ان كان) أنا .. محضر .. قد انتقلت الى .. ومهنته .. وموطنه .. بصفته .. مخاطبا مع .. بصفته .. وأعلنته بما يلى .. ولأجل العلم تركت له صورة من هذا الاعلان » توقيع المحضر . (ويتضمن أصل ورقة الاعلان أيضا توقيع من سلمت اليه الصورة) .

٢٣١ - تسليم صورة ورقة الاعلان : حرص القانون على تحديد من تسلم اليه صورة ورقة الاعلان على نحو يكفل وصول الصورة الى المطلوب اعلانه . ويختلف الامر حسب المعلن اليه على النحو الآتى :

اولا : اعلان الشخص الطبيعى : (أ) الاعلان العادى :

تسلم صورة الاعلان الى شخص المطلوب اعلانه أو فى موطنه (١٠ مرافعات) والخيار فى هذا للمحضر حسب الظروف أو تعليمات طالب الاعلان ، وذلك ما لم ينص القانون على وجوب الاعلان لشخص المعلن اليه فى بعض الحالات (انظر المادة ٢/٦٦ مرافعات) فعندئذ يكون الاعلان لغير شخص المعلن اليه باطلا .

٢٣٢ - ١ - الاعلان لشخص المعلن اليه : يفترض الاعلان لشخص المعلن اليه معرفة المحضر له أو استدلاله عليه . ويجب على المحضر عندئذ التحقق من شخصيته والا كان مسئولا ، فضلا عن بطلان الاعلان لتسليم صورته الى شخص غير المعلن اليه . ويصح الاعلان لشخص المعلن اليه

فى أى مكان ولو فى غير موطنه (١) ، فيمكن اجراء هذا الاعلان فى الطريق العام أو فى مكان العمل ما دام هذا المكان يدخل فى الاختصاص المحلى للمحضر (٢) ، فاذا رفض المعلن اليه تسليم صورة الاعلان أو التوقيع على الأصل بالاستلام فانه يفهم من نص المادة ١/١١ مرافعات (٣) ، ومن الأعمال التحضيرية لها (٤) أن على المحضر عندئذ أن يسلم الصورة الى جهة الادارة (٥) ، على انه يلاحظ أن جزاء هذا النص هو مجرد جزاء ادارى يقع على عاتق المحضر الذى لم يمتثل لحكم القانون ، ذلك أنه اذا لم يقم المحضر — بعد امتناع المعلن اليه شخصيا عن تسلم الصورة أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام — بتسليم الصورة الى جهة الادارة وما يتبع هذا من اجراءات ، فان الاعلان يكون باطلا وفقا لنص المادة ١٩ ، ولكن هذا البطلان متعلق بالمصلحة الخاصة فليس لغير المعلن اليه التمسك به ، ووفقا لنص المادة ٢/٢١ « لا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذى تسبب فيه » ، ولما كان المعلن اليه هو الذى تسبب فى هذا البطلان بسبب امتناعه شخصيا عن تسلم صورة الاعلان أو عن التوقيع على الاصل بالاستلام فليس له التمسك به (٦) ، مما يؤدى الى عدم جواز التمسك ببطلان الاعلان ،

---

(١) اذا تم التسليم فى موطن المعلن اليه الى شخص قرر للمحضر أنه هو المعلن اليه ، وهو ليس كذلك فان الاعلان يكون باطلا الا اذا كان هذا الشخص ممن له صفة فى تسلم صورة الاعلان فى موطن المعلن اليه . (انظر : سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٦٥ ص ٣٣٣) .

(٢) زانزوكى : جزء أول ص ٤٤٨ بند ٧٨ . سوليس وبيرو : جزء أول الاشارة السابقة .

(٣) اذ المادة ١١ تقضى بأنه « اذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة اليه طبقا للمادة السابقة أو امتنع من وجده من المذكورين فيها عن .. » تسلم لجهة الادارة . والمادة السابقة (مادة ١٠) تذكر الاعلان الى الشخص نفسه الى جانب الاعلان فى الموطن .

(٤) تقرر لجنة الشئون التشريعية بمجلس الامة عن مشروع قانون المرافعات .

(٥) أحمد مسلم : بند ٣٧٧ ص ٤١٧ — ٤١٩ . رمزى سيف : بند ٣٧٥ ص ٤٦٠ ، أبو الوفا : بند ٣٧٩ ص ٥٠٨ . نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ — ٧٧٦ — ٨٦ .

(٦) انظر : دونوفريو : جزء أول بند ٣٦٣ ص ٢٦٤ .

٢٣٤ — ٢ — الاعلان فى موطن المعلن اليه : اختار القانون — حيث لا يتيسر الاعلان لشخص المعلن اليه — أن يتم اعلانه فى موطنه . والمقصود بالاعلان فى الموطن هو الاعلان عن طريق تسليم الصورة — فى موطن المعلن اليه — لشخص غيره لعدم وجوده . فالفرض هنا أن المحضر لم يجد المعلن اليه فى موطنه ولهذا يجب لصحة الاعلان فى الموطن لغير شخص المطلوب اعلانه أن يثبت المحضر فى ورقة الاعلان عدم وجود المعلن اليه (١) ولأن الاعلان يحدث بتسليم الصورة لغير شخص المعلن اليه ، فقد تطلب القانون لصحته شرطين يهدفان الى ضمان وصول الصورة من مستلمها الى المطلوب اعلانه هما :

(١) أن يتم تسليم الصورة فى موطن المعلن اليه : فاذا سلم المحضر الصورة فى غير هذا الموطن ، كان الاعلان باطلا . ويكون الامر كذلك ولو كان العنوان الذى سلم فيه الصورة هو المبين فى ورقة الاعلان كموطن للمعلن اليه اذا تبين أنه ليس فى الحقيقة كذلك (٢) . والمقصود بالموطن هو الموطن الاصلى أى المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة (٤٠مدنى)(٣) ويستدل المحضر على موطن المعلن اليه من ورقة الاعلان . وعليه أن ينتقل الى هذا الموطن للقيام بالاعلان فيه . فاذا أخبر — فيه — بانتقال المعلن اليه الى موطن آخر ، فعليه بيان هذا فى محضره والانتقال الى الموطن الجديد للاعلان فيه (٤) ان كان يدخل فى اختصاصه المحلى ، أو ارسال الاوراق لقلم المحضرين ذى الاختصاص . فاذا لم يستطيع المحضر التوصل الى معرفة الموطن الجديد فعليه اخبار طالب الاعلان للتحقق من الموطن

---

(١) وجدى راغب : مبادىء ص ٦٢ . نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٠٣ — ٢٠ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣٦٩ ص ٣٣٧ . وجدى راغب . مبادىء ص ٦١ .

(٣) نقض ايجارات ١٩٨٤/١٢ فى الطعن رقم ٢٤١٩ لسنة ٥٢ ق . وتقدير توافره من الامور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا (نقض ايجارات ١١/٢٢ سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٩ ق) .

(٤) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣٧٥ ص ٣٣٨ .

الجديد (١) • على أنه اذا بدأت خصومة بين طرفين ، فان لكل طرف أن يعلن خصمه اثناء الخصومة فى موطنه الذى كان موطنا له عند بدء الخصومة ولو غيره بعد بدئها وانتقل الى موطن آخر ما دام لم يخبر خصمه بهذا التغيير (١٢ — ٢ مرافعات) صراحة (٢) • فاذا حدث — وهو الغالب — ولم يجد المحضر فى هذا الموطن القديم احدا ممن يصح تسليمه صورة الاعلان أو امتنع من وجده منهم عن استلام الصورة أو عن التوقيع على الاصل بالاستلام فانه — وفقا لنفس النص — يسلم الصورة لجهة الادارة وفقا لما سيلى بيانه من قواعد • على أنه اذا أثبت أن طالب الاعلان يعلم بالموطن الجديد — رغم عدم اخباره به — فان اعلانه خصمه فى الموطن القديم يكون باطلا ، اذ يعتبر عندئذ سيء النية (٣) •

وكما يصح الاعلان فى الموطن العام ، يصح الاعلان فى الموطن الخاص ، أى فى المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة ، اذا كان موضوع الاعلان يتعلق بهذه التجارة او الحرفة (مادة ٤١ مدنى) • فاذا كان الاعلان لا يتعلق بتجارة المعلن اليه أو بحرفته التى يباشرها فى هذا المكان ، فان الاعلان فيه يكون باطلا (٤) • ويلاحظ أنه اذا كان لشخص موطن خاص بتجارته او حرفته فان الاعلان — المتعلق بهذه التجارة أو الحرفة — جائز سواء فى الموطن العام أو فى الموطن الخاص •

كذلك يصح الاعلان فى الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى معين (مادة ٤٣ مدنى) ، بشرط أن يكون الاعلان متعلقا بهذا العمل • فان كان الاعلان لا يتعلق بهذا العمل ، كان اجراؤه فى الموطن المختار لتنفيذ العمل باطلا (٥) • على أنه أحيانا يمنع القانون الاعلان فى الموطن المختار ، ومثاله ما تنص عليه المادة ٢١٣ — مرافعات من أن اعلان الحكم يكون « لشخص

---

(١) احمد مسلم : بند ٣٧٩ ص ٤٢٠ .
(٢) نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٤٧ ق
(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٧٥ ص ٣٣٨ .
(٤) نقض ايجارات ١٢ /١١ لسنة ١٩٨٤ فى الطعن ٢٤١٩ لسنة ٥٢ ق . مدنى ١٨ اكتوبر ١٩٥٦ مجموعة النقض ٣ ص ٨٢١ .
(٥) نقض مدنى ٦ مارس ١٩٥٢ — مجموعة النقض ٣ ص ٥٧٢ .

المحكوم عليه أو فى موطنه الاصلى » • وهو ما يعنى عدم جوازه فى الموطن الذى اختاره الخصم أثناء الخصومة التى انتهت بهذا الحكم • وأحيانا ، يلتزم الشخص باتخاذ موطن مختار فى مكان معين • ومثاله ما تنص عليه المادة ٦٣ مرافعات من وجوب أن يبين المدعى فى صحيفة الدعوى موطنا مختارا له فى البلدة التى بها مقر المحكمة ان لم يكن له موطن فيها (١) • وعندئذ اذا لم يقم الخصم باتخاذ هذا الموطن المختار أو كان بيانه ناقصا أو غير صحيح ، جاز اعلانه فى قلم الكتاب بجميع الاوراق التى يصح اعلانه بها فى الموطن المختار (مادة ١٢) • كما أنه أحيانا اخرى يكون الموطن مختارا بقوة القانون • ومثاله ما تنص عليه المادة ٤٧ — (مرافعات من أنه بمجرد صدور التوكيل بالخصومة من أحد الخصوم (٢) ، يكون موطن وكيله معتبرا فى اعلان الأوراق اللازمة لسير الدعوى فى درجة التقاضى الموكل فيها (٣) •

واذا بين الخصم موطنا مختارا ، فهو لا يلتزم ببيان الموطن الاصلى اذا تطلب القانون بيانه (٤) • ومن ناحية أخرى ، فان بيان موطن أصلى مع الموطن المختار لا يمنع من فاعليه الموطن المختار ، فيصح الاعلان فيه(٥)

---

(١) وعادة يتخذ الخصم مكتب أحد المحامين موطنا مختارا له • ولا يؤثر فى صحة الاعلان فى هذا المكتب الا يكون المحامى مقبولا للمرافعة أمام المحكمة المقدم اليها الطعن المطعون اليه . (نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٦٠ — مجموعة النقض ١١ ص ١٩٥٢) •

(٢) على أن مجرد حضور المحامى جلسة واحدة يعتبر توكيلا محدودا بهذه الجلسة ولا يجعل مكتبه موطنا مختارا للخصم بالنسبة لما يحدث بعد الجلسة . (مصر الكلية ٤ اغسطس ١٩٣٠ — المحاماة ١٣ — ٢٥٢ — ٢٨٦)

(٣) فالمحامى الموكل امام اول درجة يكون مكتبه موطنا مختارا بالنسبة لهذه المرحلة دون غيرها ، ونفس الامر بالنسبة للمحامى الموكل امام المرحلة الاستئنافية بالنظر الى مرحلة النقض . (نقض مدنى ٢٦ديسمبر١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ ص ٩٦٧) ويكون مكتب المحامى موطنا مختارا بالنسبة لكل الاعلانات فى هذه المرحلة ، فيجوز الاعلان فى هذا الموطن بالقرار الصادر باعادة الدعوى للمرافعة (نقض مدنى ١٠ /٥/١٩٧٧ فى الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق)

(٤) رمزى سيف ، بند ٣٦٨ ص ٤٤٨ •

(٥) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة النقض ١٠ ص ٨٣٤ •

على أنه لا يصح الاعلان فى الموطن الاصلى ، رغم بيان موطن مختار ، الا اذا كان اختيار الموطن لمحض مصلحة طالب الاعلان • أما اذا كان اختياره لمحض مصلحة المعلن اليه أو لمصلحة الطرفين معا فلا يصح الاعلان الا فى الموطن المختار (١) • واذا الغى الخصم موطنه المختار أو غيره ، ولم يخبر خصمه بذلك ، صح اعلانه فيه (٢/١٢ مرافعات) (٢) • فاذا لم يجد المحضر فيه من يصح تسليم الصورة اليه أو امتنع من وجده عن استلام الصورة أو عن التوقيع على الاصل بالاستلام ، سلمت لجهة الادارة ـ وفقا لما سيلى بيانه (مادة ٢/١٢) •

(ب) ان يتم تسليم الصورة لاحد الاشخاص الذين ينص عليهم القانون:

حدد القانون أشخصا معينين يمكن تسليم صورة الورقة فى موطن المعلن اليه الى أى منهم • على أنه يلاحظ أنه اذا حدث وتسلم احدهم الصورة ولم يسلمها للمطلوب اعلانه ، فان الاعلان يكون ـ رغم ذلك ـ صحيحا (٣) وهؤلاء الاشخاص هم ـ وفقا للمادة ٢/١٠ مرافعات ـ طائفتان : ١ ـ وكيل المطلوب اعلانه ومن يعمل فى خدمته • ولا يشترط فى ايهما أن يكون ساكنا مع المطلوب اعلانه فى موطنه ، بل يكفى مجرد التواجد فى هذا الموطن عند الاعلان • ولا يشترط أن تكون الوكالة متعلقة بموضوع الاعلان ، فيمكن تسليم الصورة ـ فى الموطن ـ الى الوكيل أيا كان موضوع وكالته أو نطاقها ، على أساس ان الوكالة توجد صلة مباشرة بينه وبين المطلوب اعلانه مما يجعله حريصا على تسليم الصورة اليه • أما من يعمل فى خدمة المطلوب اعلانه فهو كل من يشتغل

---

(١) سنوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٧١ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩ . والفرض أن اختيار الموطن لمصلحة الطرفين . على أنه اذا ذهب المحضر الى الموطن الذى يصح الاعلان فيه فوجده مغلقا ، فعليه ـ لضمان وصول الاعلان ـ الذهاب الى الموطن الآخر قبل اتخاذ الاجراءات التى يجب اتباعها فى حالة نقض مدنى ١٨ أبريل ١٩٣٥ ـ المحاماة ١٥ ـ ٤١٨ ـ ٢١٥ . أحمد مسلم : بند ٣٧٣ ص ٤١٠ .

(٢) ولا ينهض مجرد اتخاذ الخصم موطنا مختارا جديدا أثناء سير الدعوى دليلا على الغاء الموطن السابق مالم يخبر خصمه صراحة بهذا الالغاء اذ ليس ثمة ما يمنع قانونا من ان يكون للخصم اكثر من موطن أصلى أو مختار (نقض مدنى ٢١ ابريل سنة ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٤٧ ق

(٣) نقض مدنى ٥ مارس ١٩٥٩ ـ مجموعة النقض ١٠ ص ١٩٩ .

بأجر فى خدمة المعلن اليه سواء كان خادما بالمعنى الصحيح أم موظفا لديه (١) • فيشمل الساعى أو البواب (٢) أو غيرهم ممن يمكن اعتباره تابعا للمطلوب اعلانه أيا كان نوع الخدمة التى يؤديها وسواء كان يعمل كل الوقت ساكنا مع المستأجر أم كان يعمل بعض الوقت يوميا أو على فترات متقطعة ما دامت له صفة الاستمرار فى الخدمة • ٢ — الازواج والاقارب والاصهار • وتكفى صفة القرابة أو المصاهرة مهما بعدت ، على أنه لا يكفى لصحة الاعلان تواجد الزوج أو القريب أو الصهر فى موطن المعلن اليه عند الاعلان . بل يجب — وفقا لصريح نص المادة ٢/١٠ — أن يكون ساكنا معه • ولا يقصد بالسكن الاقامة العادية والمستمرة بحيث يكون موطن المعلن اليه موطنا له هو الآخر . بل يكفى السكن — ولو لفترة محددة — وقت اجراء الاعلان . وأن يكون ظاهر الحال الذى يشاهده المحضر فى هذا الوقت دالا على ذلك (٣) •

ولا يجب لصحة الاعلان أن يكون من استلم الصورة من هؤلاء كامل الاهلية . ذلك أن مجرد استلام صورة الاعلان لا يعتبر تصرفا قانونيا ، فيكفى أن يكون مميزا ومدركا أهمية الورقة التى استلمها واهمية توصيلها لصاحبها (٤) •

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢٧٢ ص ٣٤٠ .

(٢) لا شك فى جواز تسليم صورة الاعلان الى « البواب » اذا كان المطلوب اعلانه هو المالك . ولكن هل يجوز تسليمها اليه اذا كان المعلن اليه هو المستأجر . نرى ان اعتبار البواب ممن يعمل فى خدمة المستأجر أم لا يتوقف على ظروف كل حالة على حدة ، فاذا كان البواب قد اعتاد القيام بخدمات للمستأجر وتسلم أوراق واردة باسمه وكان المستأجر ينقده اجرا مقابل هذا ، فانه يعتبر تابعا له ، ويصح تسليم صورة الاعلان اليه (انظر استئناف مصر ١٦ نوفمبر ١٩٤٧ المحاماة ٣٠ — ٧٥٢ — ٧٣٤) . أما اذا لم يثبت هذا فلا يمكن اعتباره ممن « فى خدمته » . وعلى اى حال فأيا كانت صلة البواب بالمستأجر ، فانه لا يمكن اعتباره ممن « فى خدمته » اذا تعلق الامر باعلان بناء على طلب المالك . ولا حاجة لابطال الاعلان عندئذ الى اثبات تواطؤ البواب مع طالب الاعلان .

(٣) نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٩٥ — ٣١ .

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٧٣ ص ٣٤٠ . رمزى سيف : بند ٣٧١ ص ٤٥٤ .

وفيما عدا من تقدم من الاشخاص لا يصح تسليم صورة الاعلان لأى شخص ولو كان موجودا فى موطن المعلن اليه • ولهذا لا يصح تسليم الصورة لشقيق المعلن اليه اذا لم يكن ساكنا معه ، ولا للجار اوالصديق مهما كانت صلته • على أنه يلاحظ أن المحضر ليس مكلفا بالتحقيق من صفة من يتسلم صورة الاعلان ، فهو يسلم الصورة الى « من يقرر انه » وكيل المطلوب اعلانه أو •• الخ (مادة ٢/١٠) • ويصح الاعلان بهذا التسليم ، ولو تبين — بعد ذلك — أن مستلزم الصورة فى موطن المعلن اليه ليس فى حقيقة الامر ممن ذكرتهم هذه المادة ، وبالتالى لا صفة له فى تسلم الصورة [1] • غير أنه يجب على المحضر أن يبين فى الورقة عدم وجود المعلن اليه [2] ، وأن يبين اسم مستلم الصورة والصفة التى قررها مستلم الصورة والتى تبرر تسليمها له [3] • فاذا كانت صلة المستلم بالمعلن اليه لا تخوله صفة فى تسلم الورقة الا بشرط السكن مع المعلن اليه • فيجب أن يبين المحضر أن مستلم الورقة ساكن معه [4] •

واذا توافر هذان الشرطان ، صح الاعلان فى الموطن • ويعتبر الاعلان قد تم منتجا آثاره منذ تسليم الصورة الى ذى الصفة فى تسلمها ، ولو لم تصل الصورة الى المعلن اليه أو يعلم بها • (٢/١١) •

---

(١) نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٩٤ — ٢٠٧ و ٢٢ أبريل ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٦٨٩ — ١١١ . ولهذا لا تخطىء محكمة الموضوع اذا رفضت الاحالة الى التحقيق لاثبات أن من تسلم الاعلان غير تابع للمعلن اليه ، اذ مثل هذا التحقيق غير مجدى (نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٧٣ — طعن ٧١٦ سنة ٤٢ ق) .

(٢) نقض مدنى ١٩ ينـاير ١٦٩٩ — مجموعة النقض ٢٠ ص ٨٤ . والا كان الاعلان باطلا (نقض مدنى ٧ يناير ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٣٨ — ٨) .

(٣) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ ص ١٢٨٤ فاذا امتنع المخاطب معه عن ذكر اسمه ، فلا يبطل الاعلان اغفال المحضر اثبات صفة هذا الشخص اذ لا جدوى من اثبات الصفة ما دام انه لا يمكن التثبت منها متى كان الاسم غير معلوم ، ولا يكون للمحضر فى هذه الحالة الا أن يسلم الورقة لجهة الادارة (نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٤٦ ق) .

(٤) نقض مدنى ٢٨ يناير ١٩٦٠ — مجموعة النقض ١١ ص ٨٤ .

ويلاحظ بالنسبة للاعلان فى الموطن المختار أنه لا يشترط لصحة الاعلان عدم وجود شخص المطلوب اعلانه فى الموطن لامكان تسليم الصورة لأحد ممن ذكرتهم المادة ١٠/٢ . فهذا الشرط قاصر على الاعلان فى الموطن الاصلى الذى يفترض وجود المطلوب اعلانه فيه . وهو فرض لامحل له بالنسبة للموطن المختار (١) . ومن ناحية أخرى ، فانه لا ينطبق على هذا الاعلان ما تنص عليه المادة ١٠/٢ من تحديد أشخاص لا يصح الاعلان الا بتسليم صورته لهم فى الموطن ذلك إنه لا يفترض تواجد من يعمل فى خدمة المعلن اليه فى الموطن المختار ، كما لا يتصور سكن أحد من أزواجه او أقاربه أو اصهاره فيه . ولا يصح اعمال هذا النص على أساس اعتبار صاحب الموطن المختار بمثابة المطلوب اعلانه (٢) . ذلك أن النص يشير الى من له صلة بالشخص المطلوب اعلانه ، وهو غير صاحب الموطن المختار . وفى تقديرنا أن اختيار موطن (كمكتب محام مثلا) يجعل صحة الاعلان فيه مرتبطا بمكان معين هو هذا المكتب . ولهذا يصح الاعلان بتسليم الصورة فيه الى المحامى أو الى من له صفة — بحكم عمله فى المكتب — فى تسلم الاوراق الواردة للمكتب .

وقد كانت المادة ١١/٢ قبل تعديلها بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٧٤ ، توجب — فى حالة تسليم الصورة فى موطن المعلن اليه لغير شخصه — أرسال خطاب مسجل الى المعلن اليه خلال ٢٤ ساعة لاخباره بتسليم الصورة . ولكن هذا الحكم ألغى فى القانون المذكور . وهو أمر مؤسف اذ هو يقضى على ضمانه هامة من ضمانات علم المعلن اليه بالاعلان .

٢٣٥ — (ب) قواعد خاصة : الى جانب الصورة العادية للاعلان نظم القانون بعض القواعد الخاصة مراعاة لبعض الظروف غير العادية التى تحول دون الاعلان لشخص المعلن اليه أو تحول دون الاعلان له فى موطنه .. وهذه هى :

---

(١) نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٢٧٨ — ٦١ و ٥ مايو ١٩٦٠ — مجموعة النقض ١١ ص ٣٧٧ .

(٢) عكس هذا : احمد مسلم — بند ٣٨٠ ص ٤٢١ .

١ ــ عدم وجود من يصح تسليم الصورة اليه فى الموطن او امتناعه عن الاستلام او عن التوقيع على الاصل بالاستلام :

اذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الصورة اليه فى الموطن أو امتنع من وجده منهم عن استلامها أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام « وجب عليه أن يسلمها فى اليوم ذاته الى مأمور القسم او المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن اليه فى دائرته حسب الاحوال » • (١/١١ مرافعات) •ويجب لصحة الاعلان فى هذه الصورة توافر الشروط التالية :

١ ــ الا يجد المحضر الشخص المطلوب اعلانه أو أى من الاشخاص الذين يصح تسليم الصورة اليهم فى الموطن ، أو يمتنع من وجده منهم عن تسلم صورة الاعلان او عن التوقيع على الأصل بالاستلام • وهو ما يفترض انتقال المحضر الى موطن المطلوب اعلانه • ويعتبر من حالات عدم الوجود ، أن ينتقل المحضر فيجد المكان الذى يتخذه المطلوب اعلانه موطنا مغلقا (١) ، أو يمتنع من يجده المحضر فى الموطن عن ذكر اسمه أو صفته التى تجيز له استلامه الصورة ، اذ يعتبر عندئذ فى حكم غير الموجود (٢) • ونفس الامر اذا لم يسمح للمحضر بالدخول فى الموطن للقيام بالاعلان • وعلى المحضر اثبات واقعة انتقاله ، والواقعة التى تبرر الاعلان لجهة الادارة بالتفصيل فى كل من أصل الاعلان وصورته والا كان الاعلان باطلا (٣) • ــ

---

(١) نقض مدنى ٢٤ اكتوبر ١٩٥٧ ــ مجموعة النقض ١٠٨ ص ٧٤٧ . على انه لا يجوز للمحضر ان ينتقل الى مكان يعلم انه يغلق وقت انتقاله اليه (كما لو كان مكتب محام يغلق ساعة الغذاء) ثم يسلم الصورة الى جهة الادارة . احمد مسلم : بند ٣٦٩ ص ٤٠٦ . استئناف مصر ١٨ يونيو ١٩٣٠ ــ المحاماة ١١ ــ ٣٧٠ ــ ٢٠٨ . عكس هذا : نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٠ ــ مجموعة النقض ١٠ ص ١٦١ . و ١٧ فبراير ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٣٤٢ ــ ٥٦ . واتجاه محكمة النقض هذا يعتبر تمسكا حرفيابالنص وانحرافا عن قصد المشرع .

(٢) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٧٩ ــ فى الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٤٦ ق .

(٣) نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٦٠ ــ مجموعة النقض ١١ ص ٦٢٣ .

٢ ـ ان يسلم المحضر الصورة الى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن المعلن اليه فى دائرته • ويكون تحديد أى من هؤلاء « حسب الاحوال » أى حسب موقع موطن المعلن اليه واختصاص جهة الادارة • واذا سلمت الصورة الى جهة الادارة المختصة صح الاعلان ولو لم يتضمن أصل الاعلان أسم مستلم الصورة من رجال الادارة • فالمهم صفته لا اسمه (١) •

٣ ـ ان تسلم الصورة « فى اليوم ذاته » أى فى نفس اليوم الذى انتقل فيه المحضر الى موطن المعلن اليه ولم يجد أحدا يتسلم الصورة فيه •

٥ ـ ارسال خطاب مسجل الى المعلن اليه فى موطنه الاصلى أو المختار خلال أربع وعشرين ساعة من تسليم الصورة الى جهة الادارة يتضمن اخباره بمن سلمت اليه ، وذلك حتى يعلم المعلن اليه بتسليم صورة اعلان خاص به فى جهة الادارة ، فيسعى الى تسلمها • وتنص المادة ١٩ صراحة على البطلان جزاء لعدم ارسال الخطاب فى الميعاد • ولم يتطلب القانون بيانات معينة فى هذا الخطاب المسجل سوى بيان من سلمت اليه الصورة • ويمتد ميعاد الـ ٢٤ ساعة بسبب العطلة الرسمية (٢) • وعلى المحضر ـ وفقا للمادة ٣/١١ ـ أن يثبت (٣) فى أصل ورقة الاعلان قيامه بارسال الخطاب المسجل الى المعلن اليه فى موطنه الاصلى أو المختار

---

(١) نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٥٧ ـ مجموعة النقض ٨ ص ٨٧٨ .

(٢) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ٢٠٥ ـ ٣١

(٣) ولا يلتزم المحضر بارفاق ايصال الخطاب الموصى عليه بأصل الاعلان . (نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٥٩ ـ مجموعة النقض ١٠ ص٨٧٩). على انه اذا لم يثبت ارسال الخطاب فى أصل ورقة الاعلان ، وقام عوضا عن ذلك بلصق ايصال الخطاب الموصى عليه بأصل الاعلان بحيث اندمج ما يحتويه هذا الايصال من بيانات فى أصل الاعلان ، فان هذا اللصق يكفى (نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٧٠ ـ طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٦ ق) .

والتاريخ الذى أرسله (١) . ورغم أن المادة ٣/١١ تشير الى اثبات خطوات الأعلان فى أصل الاعلان وصورته ، فمن البديهى أن ما يتم بعد تسليم الصورة — كما هو الحال بالنسبة لارسال هذا الخطاب — لايتصور بيانه الا فى الاصل وحده .

واذا توافرت هذه الشروط صح الاعلان وترتبت آثاره منذ تسليم الصورة لجهة الادارة (١١/فقرة أخيرة) وليس من تاريخ ارسال الخطاب (٢) . وذلك سواء استلم المعلن اليه الصورة من جهة الادارة أو لم يستلمها ، ولو كان عدم استلامه لها يرجع الى عدم سعى الادارة اليه لتسليمه الصورة ، اذ عليه وقد علم — من الخطاب المرسل اليه — بوجود الصورة لدى جهة الادارة أن يسعى هو الى هذه الجهة ليتسلمها منها (٣) أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فان الاعلان الى الادارة يكون اعلانا باطلا .

٢٣٦ — ٢ — اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم : وفقا للمادة ١٠/١٣ « اذاكان موطن المعلن اليه غير معلوم » سلمت صورة الاعلان الى النيابة العامة . ويجب لصحة الاعلان فى هذه الصورة توافر الشروط التالية :

١ — أن يكون موطن المعلن اليه غير معلوم لطالب الاعلان ، رغم القيام بكافة التحريات اللازمة للتقصى عنه . فاذا كان طالب الاعلان يعلم موطن المعلن اليه سواء كان هذا الموطن فى مصر أو فى الخارج ، فلا يصح الاعلان للنيابة (٤) . ويعتبر فى حكم صاحب الموطن غير المعلوم

---

(١) على أنه اذا اثبت المحضر على ذات ورقة الاعلان قيامه بارسال الخطاب مع ذكر رقمه ، فان هذا يغنى عن اثبات المحضر تاريخ ارسال الخطاب وعن توقيعه اسفل عبارة الاخطار ، اذ أن ورود البيان فى نهاية المحضر يفيد ان هذه الاجراءات تمت كلها فى تاريخ تحرير المحضر . (نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٤١ — ٧٣) .

(٢) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٧٦ ص ٣٤٢ — ٣٤٣ وهامش ٣.

(٣) نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٩٥ — ٣١ .

(٤) نقض مدنى ١٠ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٢٦٢ — ٤٣ .

من لاموطن له أصلا كما هو الحال بالنسبة للبدو الرحل.وعلى العكس، لا يكفى الجهل بالموطن الاصلى ، اذا كان للمعلن اليه موطن مختار معلوم يصح الاعلان فيه (١) . ومن المقرر أنه يجب ، لكى ينتج عدم العلم أثره فى صحة الاعلان للنيابة ، أن يكون طالب الاعلان قد قام « بالتحريات الكافية الدقيقة التى تلزم كل باحث مجد حسن النية للتقصى عن محل اقامة المعلن اليه وأثبت أنه رغم ما قام به من البحث والتحرى لم يهتد الى معرفة محل اقامة المراد اعلانه » (٢) . وتقدير ما اذا كانت التحريات التى بذلت كافية أم لا يرجع الى ظروف كل اعلان ، ويعتبر مسألة موضوعية لا رقابة عليها من محكمة النقض (٣) ، (٤) ولا يجوز اثارتها لأول مرة أمامها (٥) . ولكى تستطيع محكمة الموضوع مباشرة سلطتها فى هذا الشأن ، يجب أن تكون التحريات مبينة بيانا كافيا فى ورقة الاعلان . فان لم يكن البيان كافيا بطل الاعلان للنيابة (٦) .

٢ — أن تشتمل ورقة الاعلان على آخر موطن معلوم للمعلن اليه ، سواء كان هذا الموطن فى مصر فى الخارج (٧) . والهدف من هذا الشرط

---

(١) ابو هيف : المرافعات — بند ٦٨٣ ص ٤٩٦ . العشماوى : جزء اول : بند ٥٧٤ ص ٧٩٠ .

(٢) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٧٠ — ٢٢٣ . نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٤٤٦ — ٧١ .

(٣) نقض ايجارات ٢٣ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٤٦ ق . ونقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٧٤٨ — ١٢١ .

(٤) مع ملاحظة أنه اذا تعلق الامر بالطعن بالنقض ، فان محكمة النقض تمارس — وهى بصدد بحث كفاية التحريات السابقة على اعلانه الى النيابة أو عدم كفايتها — سلطة تقديرية شأنها فى ذلك شأن محكمة الموضوع . (نقض مدنى ٣٠ يونيه ١٩٧٠ — مجموعة ٢١ — ١٠٩٢ — ١٧٥) .

(٥) نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٨٩٢ — ١٤٣ .

(٦) نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٩٤ — ٢٠٧ .

(٧) نقض مدنى ١٠ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٢٦٢ — ٤٣ .

هو مساعدة النيابة على توصيل الورقة الى المعلن اليه . فاذا لم يكن طالب الاعلان يعلم أى موطن سابق للمعلن اليه ، فلا عليه ان لم تشتمل الورقة على بيان لهذا الموطن (١) .

٣ ـ أن يتم تسليم الصورة الى النيابة العامة . فلا يكفى مجرد اثبات المحضر فى ورقة الاعلان أنه لم يستدل على المطلوب اعلانه أو على المكان الواجب الاعلان فيه . فالاعلان لا يتم الا بعد أن تسلم ورقة الاعلان الى النيابة (٢) . ويلاحظ أن نص المادة ١٣/١٠ لم يخصص نيابة بعينها لتسليم صورة الاعلان ، ولهذا يصح توجيه الاعلان الى أية نيابة عامة ، ولو كانت غير التى يقع آخر موطن معلوم للمعلن اليه فى دائرتها (٣).

فاذا لم تتوافر هذه الشروط ، كان الاعلان فى هذه الحالة باطلا . أما اذا توافرت فان الاعلان يكون صحيحا ، ويرتب آثاره منذ تسلم النيابة العامة للصورة (٤) ولو لم تسلمها للمعلن اليه أو يعلم المعلن اليه بها .

المادة ١٣/٦

٢٣٧ ـ ٣ ـ **اعلان افراد القوات المسلحة** : تسلم الصورة الى النيابة العامة التى تقوم بدورها بتسليمها الى الادارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة . (المادة ١٣/٦) ومن المفهوم أن هذه الادارة الاخيرة تقوم بتسليم الصورة الى المعلن اليه . وينطبق النص على أفراد القوات المسلحة، سواء كانوا فى خدمة دائمة أم مؤقتة . كما يسرى على « من فى حكمهم » وهو ما يشير الى الموظفين التابعين للمصالح العسكرية بوزارة الدفاع سواء كانوا عسكريين أم مدنيين (٥) . على أنه يجب دائما أن يكون المعلن

---

(١) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٥٦ ـ مجموعة النقض ٧ ص ٦٥٢ .

(٢) نقض مدنى ٩ نوفمبر ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٩٩٧ ـ ١٥٦ .

(٣) نقض مدنى ١٤ يونيه ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ٨٠١ ـ ١٢٠ .

(٤) رمزى سيف : بند ٣٧٨ ص ٤٦٥ . احمد مسلم : بند ٣٨٥ ص ٤٣٠ .

(٥) العشماوى : جزء أول بند ٥٧٥ ص ٧٠٩ ، ولكن لا يعتبر منهم ضباط وجنود الشرطة .

اليه فى الخدمة ، فاذا كان قد ترك الخدمة لأى سبب ، فلا ينطبق النص • ويفترض هذا النص علم طالب الاعلان بصفة المعلن اليه كفرد فى القوات المسلحة فاذا كان يجهل بها ولم يكن فى مقدوره العلم بها لاخفاء المعلن اليه هذه الصفة عنه ، فان الاعلان يكون صحيحا رغم عدم مراعاة هذا الحكم (١) • وفى القانون المصرى لا يصح الاعلان لأحد من القوات المسلحة الى شخصه ، أو فى موطنه (٢) فتسليم صورة الاعلان يجب أن يتم وفقا للطريقة المحددة فى المادة ٦/١٣ سالفة الذكر دون غيرها • واذا اتبعت هذه الطريقة ، فان الاعلان لا يتم بمجرد تسليم الصورة للنيابة العامة ، اذ هذه تعتبر سلطة تسليم مثلها مثل المحضر تماما • وانما يعتبر الاعلان قد تم باستلام الادارة القضائية المختصة بالقوات المسلحة لهذه الصورة (٣) وهذه القاعدة الخاصة بالقوات المسلحة تعود الى تقليد قانونى قديم (٤) • وقد اختفى هذا التقليد فى كثير من التشريعات •

---

(١) انظر : نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٨٩٤ — ١٥٧ . « لا يقبل من المستأنف ضده التمسك ببطلان اعلانه بالاستئناف بمقولة انه نقيب احتياطى بالقوات المسلحة اذا كانت هذه الصفة لم تذكر من قبل فى اية ورقة من أوراق الدعوى . وكان المستأنف يجهل هذه الصفة ، وهو (المستأنف عليه) لم يذكر صفته هذه فى دعواه المدنية التى رفعهـا » .

(٢) يرى البعض جـواز الاعلان لشخصه او فى موطنـه المختـار دون أن يبين سندا لذلك . (وجدى راغب : مبادى ص ٦٨) . ويؤيد آخرون هذا الراى على اساس ان اختيار موطن بالنسبة لعمل قانونى معين يعنى النزول عن البطلان للاعلان لغير قائد الوحدة . (كمال عبد العزيز : تقنين المرافعات ١٩٧٨ — ص ٨٢) . ولكن هذا النزول الذى يتم مقدما قبل القيام بالاعلان غير جائز ولو اجزنا اعلان أفراد القوات المسلحة على خلاف المادة ٦/١٣ لوجب اجازة اعلان كل من ذكرتهـم هذه المـادة — ومنهـم الدول والاشخاص المعنوية الخ — على خلاف هذه المادة .

(٣) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٥٢ سنة ٤١ ق . و ٣١ مايـو ١٩٧٣ — مجموعـة النقض ٢٤ — ٨٥٠ — ١٤٩ . ١١ مارس ١٩٦٠ — مجموعة النقض ٢٠ — ٤٠ — ٦٤ . مدونة الفقه والقضاء — جزء اول بند ٤٥٦ ص ٥٣٦ . ويرى البعض أن الاعلان لا يتم الا بتسليم الصورة الى المعلن اليه (ابراهيم سعد : ص ٧٢٤) . ويرى آخرون الاخذ بهذا الراى مع استثناء حفظ حق طالب الاعلان من السقوط اذ ينظر فيه الى التسليم للادارة القضائية (وجدى راغب : مبادى ص ٦٩) .

(٤) دونو فريو : جزء اول بند ٣٧٢ ص ٢٧٥ .

٢٣٨ — ٤ — المسجونون : تسلم الصورة بواسطة المحضر لمأمور السجن (المادة ١٣/٧) وهذا الحكم ضرورى لصعوبة اعلان المسجون لشخصه ، وعدم جدوى اعلانه فى موطنه وهو غير موجود فيه ، وقد يصعب على من فيه توصيل الصورة اليه • ويعتبر الاعلان قد تم بتسلم المأمور للصورة ، ولو لم يسلمها للمسجون (١) •

٢٣٩ — ٥ — العاملون بالسفن التجارية : تسلم الصورة بواسطة المحضر الى ربان السفينة (مادة ١٣/٨) • ويسرى النص على العاملين فى السفينة ، سواء كانوا من البحارة أم لا • وينطبق على السفن الراسية بالموانى المصرية سواء كانت هذه السفن مصرية أم أجنبية • وعلة هذا النص هو عدم جدوى الاعلان فى الموطن فى غالب الاحيان ، والرغبة فى عدم الاخلال بنوبات العمل فى السفينة التى تتأثر بتسليم الصورة من المحضر مباشرة للمطلوب اعلانه أثناء عمله بالسفينة ، فضلا عن ضمان وصول الاعلان للمطلوب اعلانه ولو كان قد غادر السفينة الى الميناء • ووفقا لهذا النص لا يصح الاعلان للعامل بالسفينة التجارية بغير هذه الطريقة ، ولو حدث الاعلان لشخصه • ويعتبر الاعلان قد تم بتسليم الصورة لربان السفينة ولو لم يسلمها للمطلوب اعلانه (٢) •

ووفقا للمادة ١٣ فقرة أخيرة « فى جميع الحالات السابقة اذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة اليه أو امتنع المراد اعلانه أو من ينوب عنه عن التوقيع على أصلها بالاستلام أو عن استلام الصورة أثبت المحضر ذلك فى حينه فى الاصل والصورة ، وسلم الصورة للنيابة العامة » وهذا النص بعمومه يشمل تسليم ورقة الاعلان فى الحالات الثلاث ، وان كان لا يتصور الامتناع الا فى حالة التسليم لربان السفينة ، وعندئذ تسلم الصورة للنيابة العامة • ويعتبر الاعلان قد تم بهذا التسليم •

---

(١) مدونة الفقه والقضاء — جزء اول بند ٤٥٦ ص ٥٣٦ . وجدى راغب : مبادى ص ٦٩ . عكس هذا : ابراهيم سعد ص ٧٢٥ .

(٢) المشماوى : جزء أول بند ٥٧٥ ص ٧١٠ . وجدى راغب : مبادىء ص ٦٩ . عكس هذا : ابراهيم سعد ص ٧٢٥ .

٢٤٠ ـ ثانيا : اعلان الشخص الاعتبارى : (أ) الاشخاص الاعتبارية العامة عدا الهيئات العامة :

والمقصود بذلك الدولة أو احدى وحدات الادارة المحلية كالمحافظة أو المدينة أو القرية . وبالنسبة لهذه الاشخاص يفرق بين نوعين من الاعلانات (المادة ١٣/١ ، ٢) :

١ ـ اعلان صحف الدعاوى وصحف الطعون والاحكام : تسلم الصورة الى ادارة قضايا الحكومة أو الى فروعها بالاقاليم ، وذلك حسب الاختصاص المحلى لكل منها . والعلة فى هذا هو أن تبادر ادارة القضايا باتخاذ ما يلزم من اجراءات للدفاع عن مصلحة الشخص الاعتبارى العام قبل أن ينقضى ميعاد لا يتسع معه الوقت اذا حدث الاعلان لمن يمثل الشخص الاعتبارى فى مقره . وقد جرى القضاء على عدم التشدد بالنسبة للاختصاص المحلى . فحكم بأن الاعلان الذى يدخل فى الاختصاص المحلى لاحدى مأموريات قلم القضايا يمكن أن تسلم صورته سواء فى هذه المأمورية أو فى ادارة القضايا بالقاهرة (١) . وتسلم الصورة فى ادارة القضايا لمن له صفة فى تسلم الاعلانات فيها . على أن من المقرر أن المحضر ليس مكلفا بالتحقق من هذه الصفة (٢) . فاذا حدث وسلمت صورة اعلان صحيفة دعوى أو طعن أو حكم على غير هذا الوجه بأن سلمت فى مقر الشخص الاعتبارى ، فان الاعلان يكون باطلا (٣) .

وبتسليم الصورة لادارة القضايا ، يعتبر الاعلان قد تم صحيحا . ولا حاجة بعد ذلك لقيام المحضر باخطار الجهة المعلن اليها بأن الصورة قد سلمت لادارة القضايا (٤) .

---

(١) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٢٣ ـ ٢٧ .
(٢) نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٣١٨ ـ ٤٤ .
(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ٢٠٢ ـ ٣٢ .
(٤) نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٥٥٤ ـ ٢٩١ .

٢ ــ اعلان الاوراق الاخرى كانذار أو محضر حجز : تسلم الصورة الى من يمثل الشخص الاعتبارى قانونا • وقد حدده نص المادة ١/١٣ فيما يتعلق بالدولة بأنه الوزير أو مدير المصلحة المختصة أو المحافظ ــ حسب الاحوال • ولانه لا يتصور تكليف هؤلاء بمقابلة المحضرين لتسلم صورة الاعلانات ، فانه يجوز تسليم الصورة « لمن يقوم مقامهم » • وليس المقصود من يقوم مقامهم فى سلطتهم بصفة عامة ، بل من يقوم مقامهم فى استلام صورة الاعلانات (١) • ولم يحدد نص المادة ١/١٣ أين يستلم هؤلاء صور الاعلانات ، ولكن يجب القول مع هذا بضرورة تسليمها فى مقر عمل ممثل الشخص الاعتبارى المراد اعلانه •

وعلى من يتسلم صورة الاعلان ــ سواء فى ادارة القضايا أو غيرها ــ أن يوقع على الاصل بالاستلام • فاذا امتنعت ادارة القضايا أو ممثل الشخص الاعتبارى (أو من يقوم مقامه) عن تسلم الصورة أو عن التوقيع على أصلها بالاستلام ، وجب على المحضر أن يثبت هذا الامتناع فى الاصل والصورة ويسلم الصورة للنيابة العامة (١٣ فقرة أخيرة) • ويعتبر الاعلان قد تم بهذا التسليم •

٢٤١ ــ **(ب) الهيئات العامة** : وفقا للمادة ٣ من قانون اصدار القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ ، تسلم صور الاعلانات ــ بما فيها اعلانات الدعاوى وصحف الطعون والاحكام المتعلقة بها ــ فى مركز ادارة الهيئة العامة • ويكون التسليم لرئيس مجلس الادارة أو من يقوم مقامه فى تسلم صور الاعلانات • والعبرة بمركز ادارة الهيئة فلا يعتد بمركز الادارة القانونية التى تتولى الشئون القانونية لها (٢) •

وعلى هذا ، فانه منذ نفاذ قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ ، لا يجوز تسليم صحف الدعاوى والطعون والاحكام الخاصة بالهيئات العامة الى ادارة

---

(١) استئناف أسيوط ١٧ فبراير ١٩٣١ ــ المحاماة ١١ ــ ٧٢٧ ــ ٣٧٤ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٧/٢/١٥ فى الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٢ ق . (مع ملاحظة ان الحكم خاص باعلان مؤسسة عامة وليس هيئة عامة) .

قضايا الحكومة (١) .

ويجب على المحضر بيان اسم من تسلم الصورة ، وصفته فى تسليمها والا كان الاعلان باطلا (٢) .

فاذا امتنع رئيس مجلس الادارة أو من يقوم مقامه عن تسلم الصورة ، أو عن التوقيع على أصلها بالاستلام ، أثبت المحضر ذلك فى كل من الأصل والصورة ، وسلم الصورة للنيابة العامة . (١٣/أخيرة) . ويعتبر الاعلان قد تم بهذا التسليم . على أنه يشترط لصحة الاعلان للنيابة العامة فى هذه الحالة أن يذكر المحضر اسم من خاطبه لتسلم الصورة وصفته حتى تستوثق المحكمة من جدية الخطوات التى اتخذها وما اذا كان امتناع الموظف يجيز تسليم الصورة للنيابة .

٢٤٢ — (ج) الأشخاص الاعتبارية الخاصة وشركات القطاع العام (٣):

يكون تسليم الصورة لمن يمثل الشخص الاعتبارى . وقد حددته المادة ١/١٣ بالنسبة للشركات التجارية بأنه أحد الشركاء المتضامنين أو رئيس مجلس الادارة أو مدير الشركة ، كما حددته المادة ٤/١٣ بالنسبة للشركات المدنية والجمعيات والمؤسسات الخاصة وسائر الأشخاص الاعتبارية الخاصة بأنه النائب عنها بمقتضى عقد انشائها أو نظامها . ويجوز تسليم الصورة لمن يقوم مقام الممثل القانونى للشخص الاعتبارى فى تسلم صور الاعلانات . فاذا لم تسلم الصورة لممثل الشخص الاعتبارى أو من ينوب عنه كان الاعلان باطلا (٤) . أما مكان تسليم الصورة ، فقد فرق المشرع بشأنه بين فرضين (٣/١٣ و ٤) :

---

(١) مع ملاحظة انه اذا أحالت الهيئة العامة بعض الدعاوى والمنازعات التى تكون الهيئة طرفا فيها الى ادارة الحكومة لمباشرتها (وفقا لمادة ٣ من ق . ٤٧ لسنة ١٩٧٣) ، فانه يجوز الاعلان فى الادارة باعتبارها موطنا مختارا للهيئة . (كمال عبد العزيز : ص ٧٨ — ٧٩) .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/١١/١٨ فى الطعن رقم ٩٢٢ لسنة ٤٥ ق .

(٣) نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٨٢ .

(٤) نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٦٠ — مجموعة النقض ١١ ص ١٢٣ . و ١٥ فبراير ١٩٧٧ — طعن ٦١ لسنة ٤٢ ق .

١ — أن يكون للشخص الاعتبارى مركز ادارة : فعندئذ يجب أن تسلم صورة الاعلان فى هذا المركز ، فاذا تعددت هـذه المراكز فيمكن الاعلان فى احداها ، واذا كان للشركة فرع ، فيمكن التسليم — بالنسبة لما يمارسه هذا الفرع من عمل — فى مقر هذا الفرع ، بشرط أن يكـون التسليم لمن يمثل الشركة فى مواجهة الغير أو لمن يقوم مقامه (١) .

٢ — ألا يكون له مركز ادارة : وعندئذ تسلم الصورة الى من يصح تسليم الصورة اليه لشخصه أو فى موطنه ، وتسرى ما تقدم من قواعد بالنسبة لتسليم الصورة لشخص المعلن اليه الطبيعى أو فى موطنه .

وعلى من له صفة فى تسلم صورة الاعلان أن يوقع على الاصـل باستلام الصورة ، فاذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة اليه أو امتنع عن تسلم الصورة أو عن التوقيع على الأصل بالاستلام ، أثبت المحضر ذلك فى أصل الورقة وصورتها ، وسلم الصورة للنيابة العـامة (١٣/أخيرة) . ويعتبر الاعلان قد تم بتسليم الصورة للنيابة ولو لـم تسلمها للموجه اليه الاعلان . ونفس الامر اذا لم يكن للشخص الاعتبارى مركز ادارة وتوجه المحضر لتسليم الصورة الى شخص المراد اعلانه أو فى موطنه ، فلم يجد من يصح تسليم الورقة اليه أو امتنع من له صفة فى موطنه عن الاستلام أو عن التوقيع على الاصل بالاستلام ، اذ يجب على المحضر أن يسلم الصورة للنيابة العامة وفقا للمادة ١٣/أخيرة ، وليس الى جهة الادارة وفقا للمادة ١/١١ ، (مادة ١٣/أخيرة معـدلة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

٢٤٣ — ثالثا : اعلان من له موطن معلوم فى الخارج : وفقا للمادة ٩/١٣ تسلم صورة اعلان من له موطن معلوم فى الخارج للنيابة (٢) ، فاذا كان موطنه فى الخارج غير معلوم ، سلمت الصورة للنيابة ولكن لا طبقا لهذا

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٩٢ ص ٣٦٠ وحاشية ٣ و ٤ و٥ و ٦ .

(٢) ويجب بيانه فى ورقة الاعلان . العشماوى : جزء أول بند ٥٧٣ ص ٧٠٣ .

النص وانما وفقا لما تنص عليه المادة ١٣/١٠ والسابق بيانه . على أنه يلاحظ أنه يمكن اعلان من له موطن معلوم فى الخارج لشخصه أثناء تواجده فى مصر (١) . ومن ناحية أخرى فانه لا يكفى لامكان اعلان الشخص فى الخارج أن يقيم فى الخارج ما دام قد احتفظ بموطنه الاصلى فى مصر ، اذ يجب عندئذ اعلانه فى هذا الموطن (٢) . ونفس الامر اذا كان له موطن معلوم فى الخارج . ولكن له موطن مختار — بالنسبة للعمل المعان — فى مصر . ويسرى نص المادة ١٣/٩ على المطلوب اعلانه ، سواء كان شخصا طبيعيا أم شخصا اعتباريا . على أنه اذا كان المطلوب اعلانه شركة مركزها الرئيسى فى الخارج ، ولها فرع أو وكيل فى مصر ، فقد نصت المادة ١٣/٥ على أن تسلم الصورة الى هذا الفرع أو الوكيل . وينطبق النص ولو لم يكن الاعلان متعلقا بأعمال الفرع . وهذا مقرر لمصلحة كل من طالب الاعلان والمراد اعلانه . ولهذا فانه ليس لطالب الاعلان — فى هذه الحالة — أن يتغاضى عن اجراء الاعلان لفرع الشركة أو وكيلها فى مصر ، ويجرى الاعلان وفقا للمادة ١٣/٩ للنيابة العامة (٣) .

ووفقا لتعليمات ادارية صادرة من النيابة العامة ، لا يجوز قبـول الاعلان للخارج الا اذا كانت الورقة المطلوب اعلانها من أصل وصورتين لكل شخص من المطلوب اعلانهم ومرفقا بها ترجمة واضحة وكاملة لهـا بلغة البلد المطلوب اجراء الاعلان فيه . ولما كانت التعليمات الادارية ليست

---

(١) سوليس وبيرو . جزء اول بند ٣٩٢ ص ٣٤٨ .

(٢) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٧٠ — ٢٢٢ .

(٣) عكس هذا : نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٧٠ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٥ — ٧٢٣ — ٨٢ . وانظر تأييدا لرأينا : وجدى راغب — مبادىء ص ٧١ . ابراهيم سعد : ص ٧٣٠ — ٧٣١ . وقد اخذت محكمة النقض اخيرا برأينا : نقض مدنى ٤ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق . (اذا كان الموطن الاصلى للشخص — طبيعيا او اعتباريا — موجـودا فى الخارج ولكنه يباشر نشاطا تجاريا أو حرفة فى مصر ، أعتبر المكان الذى يزاول فيه هذا النشاط موطنا له فى مصر فى كل ما يتعلق بهذا النشاط) . وقد طبق هذا المبدأ على اعلان مالك السفينة التجارية التى تباشر نشاطا تجاريا فى مصر ، فاعتبر مقر الوكيل الملاحى للسفينة فى مصر موطنا لمالك السفينة تسلم اليه فيه الاعلانات ، وينظر اليه عند حساب ميعاد المسافة .

من مصادر قانون القضاء المدنى ، اذ المصدر الوحيد له هو التشريع ، فانه لا يترتب على مخالفة هذه التعليمات ــ سواء بعدم تقديم صورة ثانية ، أو بعدم تقديم الترجمة ــ بطلان الاعلان (١) .

واذا تسلمت النيابة ورقة الاعلان ، فان عليها ــ وفقا للمادة ٩/١٣ ــ اما ارسالها الى وزارة الخارجية المصرية لتوصيلها بالطرق الدبلوماسية، واما تسليم الصورة مباشرة ــ فى مصر ــ لمقر البعثة الدبلوماسية للدولة التى يقع بها موطن المراد اعلانه ، كى تتولى هذه توصيلها اليه . ويشترط فى هذه الحالة الاخيرة أن يكون هناك اتفاق على المعاملة بالمثل .

والمشكلة هى متى يعتبر الاعلان قد تم ، هل بتسليم الصورة الى النيابة العامة أم بتسليمها للمطلوب اعلانه فى الخارج أو امتناعه عن تسلمها؟ لاخلاف فى أنه اذا استحال ارسال الصورة الى الخارج بالطرق الدبلوماسية، كما لو كانت العلاقة الدبلوماسية بين مصر والدولة التى يقيم فيها المعلن اليه مقطوعة وليست هناك دولة أخرى ترعى مصالح رعايا هذه الدولة فى مصر (٢) ، أو كانت هناك حالة حرب (٣) ، فان الاعلان لا يعتبر قد تم لمجرد تسليم الصورة الى النيابة . ولكن الخلاف يثور فى غير حالة الاستحالة ، اذ يذهب القضاء (٤) الى أن الاعلان يعتبر تاما منتجا لآثاره منذ تسليم الصورة للنيابة العامة . ويستند هذا الرأى الى أن المحضر لا ولاية له خارج البلاد ، وأن الاجراءات التى يتم بها تسليم الصورة فى الخارج لا سبيل للطعن عليها ولا مساءلة القائمين عليها ، فلا يصح تحميل طالب الاعلان مخاطر عدم القيام بها أو التأخير فيها . ويترتب

---

(١) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ١٣٣ ــ ٢١ .
(٢) دونوفريو : جزء أول ٣٦٨ ص ٢٧١ .
(٣) استئناف مختلط ٢ فبراير ١٩٢٢ ــ بيلتان : ٣٤ ــ ١٤٧ .
(٤) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ ٨١٩ ــ ١٢٩ و ٢٠ يونيو ١٩٥٧ ــ مجموعة النقض ٨ ص ٥٩٣ . و ١١ يناير ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ٧٧ ــ ١٠ ويستثنى من ذلك ــ وفقا لهذا القضاء ــ اعلان الحكم الذى يبدأ به ميعاد الطعن فيه ، اذ لا يبدأ الميعاد الا من اعلان الحكم لشخص المعلن اليه او فى موطنه ، وذلك حرصا على وجوب توافر العلم الشخصى بالاعلان وفى الاقل العلم الظنى مستبعدا بذلك العلم الحكمى بتسليم الصورة للنيابة .

على هذا الرأى نتيجتان هامتان هما : أن الميعاد الذى يبدأ بالاعلان ، يبدأ منذ تسليم الورقة للنيابة • وأن مخالفة قواعد تسليم الورقة من النيابة ، أو من وزارة الخارجية حتى يتسلم المعلن اليه الورقة ، لا تؤدى الى بطلان الاعلان (١) •

ولكن هذا الرأى لم ينتصر له الفقه فى مجموعه الذى يرى — على العكس — أن الاعلان لا يتم ولا ينتج آثاره الا منذ تسليم الصورة للمراد اعلانه فى الخارج أو امتناعه عن استلامها (٢) • ويستند هذا الرأى الى ما يأتى : ١ — أن الاجراءات التالية على تسليم الورقة للنيابة هى من اجراءات الاعلان • بدليل نص المشرع فى المادة ٩/١٣ عليها ، وترتيب المادة ١٩ البطلان جزاء لها • ٢ — يؤدى الاخذ بالرأى الاول الى التضحية بمصلحة كل من له موطن معلوم فى الخارج ، دون أى خطأ من جانبه واذا كان هناك من يجب أن يتحمل ما يحدث من تأخير أو عدم تسليم الصورة للمعلن اليه فهو طالب الاعلان اذ الاعلان يتم بتوجيه منه ، ويستطيع — بالوسائل الادارية — حث الجهات الدبلوماسية على القيام بواجبها •

وفى تقديرنا أن الامر يتطلب تدخل المشرع لتعديل تشريعى يحقق التوازن بين مصلحة كل من طالب الاعلان والمطلوب اعلانه •

وعلى أى حال اذا امتنع المطلوب اعلانه عن تسلم الصورة ، فانها ترد الى وزارة الخارجية ، ثم الى النيابة العامة التى تردها بدورها الى قلم المحضرين • وليس على قلم المحضرين عندئذ اعمال الفقرة الاخيرة

---

(١) سوليس وبيرو : جزء اول : بند ٣٦٨ ص ٣٥٣ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣٦٨ ص ٣٥٤ . العشماوى : جزء اول بند ٥٧٣ ص ٧٠٤ . رمزى سيف : بند ٣٨١ ص ٦٨؟ . ابو الوفا : التعليق — جزء أول ص ٥٨ — ٥٩ . احمد مسلم : بند ٣٨٤ ص ٤٢٨ . ابراهيم سعد : ص ٧٢١ — ٧٢٣ . وينضم د. وجدى راغب بصفة عامة لهذا الرأى ، ولكنه يرى انه يجب الاعتداد بتاريخ تسليم الصورة للنيابة بالنسبة للميعاد الذى يجب على طالب الاعلان اتخاذ الاجراء خلاله ، حفاظا على حقه من السقوط . (مبادىء — ص ٦٧ — ٦٨) .

من المادة ١٣ ، واعادة تسليم الصورة الى النيابة (١) .

٢٤٤ — التكييف القانوني لاصل وصورة الاعلان وأثر العيب فيهما :

يتم الاعلان عن طريق أصل وصورة . وتتعدد الصور بتعدد المطلوب اعلانهم فما هو التكييف القانونى للعلاقة بين أصل ورقة الاعلان وصورتها؟ يذهب الرأى السائد الى أن الصورة تعتبر بالنسبة للمعلن اليه أصلا (٢) . والواقع أن علينا لاختيار التكييف القانونى السليم أن نعرف أساس التفرقة — فى الاصلاح القانونى — بين الصورة والاصل . تقوم التفرقة بينهما بالنظر الى محل التمثيل السندى . فالأصول المختلفة محلها واحد هو الواقعة التى يعتبر كل أصل مستندا لها ، أما الصورة فمحلها هو المستند الأصلى . ولا تعتبر الواقعة محلا للصورة الا من خلال الأصل أى الا كما يمثلها الاصل . ولهذا اذا تعددت الأصول ، فان لها — أن كانت ذات طبيعة واحدة — نفس القوة ، أما اذا كنا بصدد أصل وصورة ، فانهما لا يتساويان فى القوة (٣) . واذا كان الأمر كذلك ، فانه من الواضح أننا — بصدد الاعلان الاجرائى — لسنا بصدد أصلين ، كما أننا لسنا بصدد أصل وصورة بالمعنى الصحيح . لسنا بصدد أصلين لأن هذا يعنى أن أيا من الأصلين يكفى فى تمثيل الواقعة مما يؤدى الى أنه اذا لم تكن هناك صورة لورقة الاعلان (الأصل الثانى) ووجد الأصل وحده فان هذا كاف . وهو مالا يمكن التسليم به لأن عدم تسليم صورة الاعلان الاجرائى يؤدى الى عدم تحقق واقعة الاعلان . ولسنا بصدد أصل وصورة ، لأن هذا يعنى أيضا أن الأصل يكفى وحده لتمثيل الواقعة محل التمثيل السندى (٤) . وفى رأينا أن الأمر لا يتعلق بأصلين متماثلين لواقعة واحدة ، ولا بأصل وصورة ، وانما نحن بصدد أصلين لواقعتين تكونان واقعة واحدة

---

(١) العشماوى : جزء أول ص ٧٠٥ بند ٥٧٣ .

(٢) موريل : بند ٤٠٥ ص ٣٢٥ . أبو الوفا : بند ٢٧٣ ص ٤٩٨ حاشية ١ .

(٣) Minoli (Eugenio) Le notificazioni nel processo civile. Milano 1937 p. 85.

(٤) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٣٨٩ ص ٦٨٤ .

متكاملة . وبعبارة أخرى ، بصدد أصلين كل أصل يمثل جزءا من الواقعة القانونية التى هى الاعلان . فهما معا أصل واحد (١) .

وتتيجة لهذا التكييف ، فان العيب الذى يصيب أيا منهما يجب أن يواجه كما لو كان عيبا فى عمل واحد . فالعيب سواء ورد فيما يسمى بالأصل أو فيما يسمى بالصورة يكون أثره على الاعلان هو نفس الأثر الذى يترتب على عيب ورد فى جزء من العمل الاجرائى الواحد ، وذلك مع ملاحظة أن لكل من أصل الاعلان وصورته وظيفة مختلفة على التفصيل التالى :

(أ) وجود عيب فى الأصل دون الصورة : ليس لطالب الاعــلان التمسك بهذا العيب ، لأنه ناشىء عن فعله أو عن فعل المحضر الذى يعمل باسمه . أما المعلن اليه فيجب التفرقة بالنسبة له بين فرضين (٢) :

الأول : أن يقدم الصورة الى القضاء . فعندئذ ليس له أن يتمسك بالعيب الوارد فى الأصل ، ذلك أن البيانات فى الأصل لم يتطلبها القانون لتحقيق مصلحة المعلن اليــه ، ويكفى — لتحقيــق مصلحته — بيانها فى الصورة .

الثانى : ألا يقدم المعلن اليه الصورة الى القضاء . وعندئذ الفــرض أن الصورة مطابقة للاصل ، وهو ما يعنى أن العيب الموجود فى الأصــل موجود فى الصورة ، ولهذا يكون للمعلن اليه التمسك بالعيب باعتباره عيبا فى الصورة .

(ب) وجود عيب فى الصورة دون الاصل : ليس للمعلن — هنــا أيضا — التمسك بالعيب اذ أنه من فعله أو من فعل من يعمل باسمه ،

---

(١) Mortara (Lodovico) : Commentairo delcodice delle leggi di procedura civile Milano 1924-v.2 no. 598 p. 761.

(٢) وقد سبق أن بسطنا رأينا هذا : نظرية البطلان بند ٣٩١ ص ٦٧٦ .
وقد أخذ به استاذنا الدكتور رمزى سيف بند ٣٦٤ ص ٤٣٨ — ٤٤٠ .

أما المعلن اليه فان له التمسك بهذا العيب [١] على أساس أنه عيب فى جزء من الاعلان . على أن تمسك المعلن اليه بعيب فى الصورة يفترض تقديمه لهذه الصورة ، فان لم يقدمها وكان الأصل غير معيب فالفرض أن الصورة مطابقة له . فليس للمعلن اليه التمسك بعيب فى صورة لم يقدمها للمحكمة [٢] ، [٣] .

(جـ) الخلاف بين الأصل والصورة : يشترط القانون بيانات متماثلة فى كل من الأصل والصورة ، فاذا لم تكن البيانات — رغم توافرها — متماثلة ، فان معنى هذا وجود تناقض فى بيانات العمل الواحد . ولمعرفة أثر هذا التناقض نفرق بين فرضين :

الأول : اذا لم يكن العمل معيبا أيا كان البيان الذى يؤخذ به : وفى هذه الحالة لا أثر لهذا الخلاف على صحة الاعلان . ومثاله أن يكون التاريخ المذكور فى الصورة غير التاريخ المذكور فى الأصل ، ولكن الاعلان يعتبر قد تم خلال الميعاد القانونى بالنظر الى أى من التاريخين [٤] ، أو أن يكون توقيع المحضر مختلفا فى كل من الأصل والصورة [٥] .

الثانى : اذا كان الخلاف يخفى عيبا : وعندئذ يجب السعى لمعرفة أى البيانين معيبا . فاذا أمكن معرفته طبقت القواعد التى سبق بيانها

---

(١) ولو كان الاصل صحيحا غير معيب (نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٨١ فى الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٠ق : يكون الاعلان باطلا اذا كان تاريخ الاعلان المذكور فى الصورة بخط يستحيل قراءته ولو كان التاريخ فى أصل الاعلان بخط واضح مقروء) . ولا حاجة بالمعلن اليه الى الادعاء بتزوير الاصل (نقض مدنى فى الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ٤٤ ق) .

(٢) ولهذا ليس للمحكمة — عند غياب المعلن اليه وعدم تقديمه الصورة — القضاء بالبطلان لعيب مزعوم فى الصورة خلا منه الاصل المقدم للمحكمة . (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٩٠٢ — ١٤٢) .

(٣) ونفس الامر اذا قدم ورقة مجردة من أية كتابة بخط المحضر بحيث لا يمكن اعتبارها صورة . نقض مدنى ١٦ يونيو ١٩٧٠ مجموعة النقض ٢١ — ١٠٦١ — ١٧٠ .

(٤) نقض مدنى ٥ يناير ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٧ ص ٥٦ .

(٥) نقض مدنى ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ١٣٢٢ — ٢٠٦ .

بالنسبة لتعيب الأصل دون الصورة أو تعيب الصورة دون الأصل . أما اذا لم يمكن معرفة أين يوجد العيب فان مفاد هذا أن هناك تناقضا فى بيانات العمل الواحد مما يعنى تعيبه (١) .

٢٤٥ ـ مرونة شكل الأعمال الاجرائية فى القانون الحديث : لم تعد الشكلية فى العصر الحديث مماثلة للشكلية فى القانون الرومانى فى عهد دعاوى القانون حيث كان يجب التقيد بعبارات معينة ترد بترتيب معين (٢). فالشكل فى القانون الحديث يتصف بالمرونة . ونتيجة لهـذا :

١ ـ اذا تطلب القانون بيانا معينا أو تطلب اتباع شكل معين ، فلايجب أن يأتى هذا البيان أو الشكل بلفظ معين . فأى لفظ يمكن استعماله ما دام غير مبهم . وتطبيقا لهذا لا يهم بيان تاريخ العمل بطريقة معينة فأية صيغة تكفى مادامت تؤدى الى تحديد زمن العمل .

٢ ـ اذا تطلب القانون بيانات معينة فى الورقة ، فلا يجب أن تأتى هذه البيانات بالترتيب الذى نص عليه القانون (٣) . ولهذا فان بيان تاريخ الورقة يمكن أن يأتى فى أولها أو فى آخرها ، وكذلك الأمر بالنسبة لبيانات الحكم (١٧٨مرافعات) فلا يجب أن ترد بالترتيب الذى أورده القانون (٤) . ويستثنى من هذه القاعدة توقيع القاضى على الحكم . فالتوقيع ـ بالنسبة لكل الأعمال المكتوبة ـ يجب أن يأتى بعد مضمون العمل ، اذ هو يعنى نسبة ما جاء فى الورقة لمن وقعها . ونتيجة لهذهالقاعدة اذا حدث نقص أو خطأ فى بيان ، فانه يكمله ويصححه وجود البيان فى مكان آخر من الورقة . ولهذا حكم بأنه اذا لم تذكر صفة المدعى فى الجزء المخصص له فى صحيفة الدعوى . فانه يكفى ذكرها فى أسباب الدعوى (٥).

---

(١) Mattirolo (Luigi) : Trattato di diritto giudiziario civlle italiano, v. 2, Torino 1902 no. 203 p. 204.

(٢) نظرية البطلان ـ للمؤلف ـ بند ١٠٤ ص ١٩٢ ـ ١٩٥ .

(٣) جارسونيه : جزء ثان بند ١٠١ ص ١٦٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٥٦ ـ مجموعة النقض ٧ ص ٥٥٣ .

(٥) محكمة الامور المستعجلة بالقاهرة ١٧ فبراير ١٩٤٠ ـ جازيت ٣٠ ـ ٤٤٥ ـ ٣١٤ .

٣ ــ اذا نقص بيان فى شكل العمل الاجرائى ، فانه يمكن تكملته ليس فقط من بيان مماثل للبيان الناقص ، وانما أيضا من أى بيان آخر ولو لم يكن مماثلا له مادام يؤدى نفس الغاية التى ارادها القانون (١) . ويعرف هذا المبدأ بمبدأ المترادفات ، ويجب لتطبيقه شرطان :

(أ) أن يوجد مرادف للبيان الناقص . ولا يجب أن يكون المرادف مماثلا للبيان الناقص فيكفى أن يكون متكافئا معه فى تحقيق الغاية التى يريدها القانون منه (٢) . وتقدير ما اذا كان الشكل أو البيان متكافئا مع الشكل أو البيان الناقص مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٣) . ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ما حكم به من أنه ولو أن القانون يتطلب فى ورقة الاعلان ذكر اسم المحضر فان العمل يكون صحيحا ولو لم يتضمن هذا البيان ما دام يحتوى على توقيع المحضر . ولا يجب لهذا أن يكون التوقيع مقروءا ، ذلك أن الغاية من بيان اسم المحضر هو التثبت من أن الاعلان قد تم على يد موظف مختص باجرائه . وتوقيع المحضر ــ ولو كان غير مقروء ــ يصلح للدلالة على صاحبه (٤) . وما حكم به من أن ذكر موطن المحامى عن الطاعن فى صحيفة الطعن يغنى عن ذكر موطن الطاعن اذ يعتبر ذلك الموطن موطنا مختارا للطاعن فى كل ما يتعلق بالطعن ويحقق الغاية من ايجاب ذكر موطن الطاعن (٥) . على أن هناك من الأشكال القانونية مالا يوجد مرادف لها ، ومن هذه توقيع القاضى على الحكم أو توقيع المحضر على ورقة الاعلان (٦) .

(١) موريل : بند ٣٨٥ ص ٣١٤ وبند ٤٠٥ ص ٣٢٥ .

(٢) Thielland (Daniel) : Des nullités de forme de l'exploit d'ajournement, thèse Paris 1906, P. 32.

(٣) نقض مدنى فرنسى ١٣ أبريل ١٩٠٨ ــ دالوز ١٩٠٨ -- ١ ــ ١٣ .

(٤) نقض مدنى ٥ مايو ١٩٧٠ ــ مجموعة النقض ٢١ ــ ٧٨٧ ــ ١٢٨ و ٢٨ أبريل ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٨٢٠ ــ ١٦٤ . (مادام لم يدع أحد أن من قام بالاجراء ليس من المحضرين) .

(٥) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٦٧٥ ــ ١٣٤ .

(٦) تياند : رسالة مشار اليها ص ٢٣ . استئناف مختلط ١٤ ابريل ١٩١٤ ــ بيلتان : ٢٦ ــ ٣١٤ .

(ب) أن يكون المرادف فى نفس الورقة الناقصة ، ذلك أن القاعدة هى أن العمل القانونى يجب أن يحمل بنفسه دليل صحته . والواقع أنه اذا سمح بتكملة النقص من بيان خارج عن العمل ، فان معنى هــذا ضياع الضمانات التى قصــدها القانون من اقتضاء بيانات معينــة فى العمل ، اذ سيلتزم المعلن اليه — اذا تعلق الامر باعلان — بالبحث عــن البيانات الناقصة فى عمل آخــر ، وهو جهد قد لا يكون قادرا عليه . ولأن هذه هى العلة فمن المقرر امكان تكملة النقص من ورقة أخــرى اذا كانت هذه الورقة تكمل الورقة المعيبة أو تعتبر ملحقة بها . على أنه اذا تعلق الأمر بورقة معلنة ، فيجب أن تكون الورقة المكملة لها معلنة معها (١) . ولا يغنى عن اعلانها معها علم المعلن اليه بها .

الفصل الثانى

جزاء عدم توافر مقتضيات العمل الاجرائى

المبحث الاول

نظرية بطلان العمل الاجرائى (٢)

٢٤٦ — تعريف البطلان وتحديد حالاته : عندما يختار القانون الاعمال التى يرتب آثاره عليها ، فانه يضع لهــا نماذج معينــة ، ويتطلب فى كل نموذج مقتضيات معينة ، سواء كانت موضوعية أو شكلية . وعندما يتم عمل اجرائى يجب أن يتضمن المقتضيات التى تطلبها القانون فى نموذجه . فاذا لم يتضمنها كان معيبا .

---

(١) تياند : رسالة ص ٢٩ — ٣٠ . استئناف مختلط ١٧ ديسمبر ١٩٣١ — بلتان : ٤٤ — ٧٣ .

(٢) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان فى قانون المرافعات — للمؤلف — الاسكندرية ١٩٥٩ .

والأصل أن العمل المعيب لا ينتج الآثار التى يرتبها القانون على العمل الكامل . وعندئذ يوصف العمل بأنه باطل . فالبطلان تكييف قانونى لعمل مخالف لنموذجه القانونى مخالفة تؤدى الى عدم انتاج الآثار التى يرتبها عليه القانون اذا كان كاملا (١) .

ولاخلاف فى أنه اذا تخلف مقتضى من المقتضيات الموضوعية للعمل الاجرائى ، كما لو تم بغير ارادة القيام به أو من خصم لا تتوافر لديه الأهلية الاجرائية أو على غير محل أو على محل غير قابل للتعامل فيه ، فان العمل يكون باطلا . ولهذا من المتفق عليه أن تنظيم حالات البطلان من قبل المشرع انما يتعلق بالبطلان لعيب شكلى . ولا يجوز تطبيق هذا التنظيم على تخلف المقتضيات الموضوعية بطريق القياس (٢) . فمشكلة حالات البطلان تقوم فقط بالنسبة للمقتضيات الشكلية . وسبب قيام المشكلة بالنسبة لها أنه من ناحية يجب الحرص على احترام ما يفرضه القانون من شكل للعمل الاجرائى ، ومن ناحية أخرى يجب ألا يبلغ هذا الحرص حد التضحية بالحق وبالهدف من الشكل . فالشكل انما يفرضه القانون لتحقيق أهداف معينة ان تحققت فلا معنى لابطال العمل تمسكا بهذا الشكل .

٢٤٧ - اختلاف الحلول فى القانون المقارن : تعتبر مسألة تحديد حالات البطلان لعيب شكلى من أهم مشاكل قانون المرافعات . وأهم الحلول التى قدمت لهذه المشكلة هى الحلول الآتية :

١ - مبدأ لا بطلان بغير نص : فلا يجوز الحكم بالبطلان الا اذا نص القانون على هذا البطلان . وأساس هذا المبدأ أن آثارا خطيرة تترتب على البطلان ، فيجب أن ينفرد المشرع بتحديد حالاته . وقد أخذ

---

(١) انظر : التعريفات المختلفة للبطلان . نظرية البطلان - للمؤلف - ص ٧ هامش ٢ .

(٢) انظر : جارسونيه - جزء ثان بند ٥٤ ص ٩٩ . سيزار - رى : دروس ص ٨٨ . والاحكام المشار اليها فى هامش ٢ ص ٣٨٦ - نظرية البطلان - للمؤلف .

المشرع الفرنسى بهذا المبدأ فى مجموعة ١٨٠٦ (مادة ١٠٣٠/١) • ولكن تطبيق هذا المبدأ فى فرنسا واجه صعوبات ، ذلك أنه يفترض مشرعا ماهرا يتقصى جميع الأشكال المهمة وينص على البطلان جزاء لهـا •

لهذا تدخل الفقه والقضاء فى فرنسا للحد من هذا المبدأ بتقرير وجود بطلان دون نص بصفة خاصة اذا كان الشكل جوهريا (١) • وهـو ما أكدته المجموعة الفرنسية الجديدة سنة ١٩٧٥ (مادة ١/١١٤) •

٢ — مبدأ البطلان الوجوبى : وهو يكمل مبدأ لا بطـلان بغـير نص • ومعناه أنه حيث ينص القـانون على البطـلان فعلى القاضى الحكم به • فليس له الامتناع عن الحكم بالبطلان بدعوى تفاهة المخالفة أو أن الخصم لم يصبه ضرر منها أو أن علة النص على البطلان لم تتحقق • ويستند هذا المبدأ الى أن وظيفة القاضى هى تطبيق القانون ، فاذا نص القانون على البطـلان فعلى القـاضى الحكم به • وقـد أخـذ القانون الفرنسى بهذا المبدأ فى مجموعة ١٨٠٦ (مادة ١٠٢٩) (٢) • ولكن هذا المبدأ لم ينجح عند تطبيقه ، فقد أدى الى الحكم بالبطلان فى بعض القضايا لم يكن للشكل فيها أهمية تبرر توقيع هذا الجزاء (٣) • لهذا سرعان مابدأ الفقه والقضاء فى فرنسا يناديان بالخروج على هذا المبدأ وهو ما استجاب اليه المشرع الفرنسى سنة ١٩٣٣ بصورة محدودة ثم سنة ١٩٣٥ بصفة عامة وقرر أنه لا بطلان بغير ضرر •

٣ — مبدأ لا بطـلان بغير ضرر : ومعناه أن البطـلان لا يحكـم به ولو نص القانون عليه الا اذا تحقق ضرر من المخالفة • وأسـاس هـذا المبدأ أن الغاية من القانون هى حماية مصلحة معينة • فاذا لم يلحق ضرر

---

(١) انظر : نظرية البطلان — للمؤلف بند ١٢٧ ص ٢٣٠ وما بعدهما . وقد عرف جلاسون الشكل الجوهرى بأنه الشكل الذى بغيره « لا يمكن ان يوجد العمل او لا يكون له الوصف الذى اراد القانون اعطاءه له أو لا يمكنه تحقيق الغاية التى يقصدها المشرع » — جلاسون : جزء ثان بند ٤٤١ ص ٣٤٢ جارسونيه : جزء ثان بند ٥٥ ص ١٠١ وما بعدهما .

(٢) جارسونيه : جزء ثان — بند ٥١ ص ٩٦ — ٩٧ .

(٣) جلاسون : جزء ثان بند ٤٤٣ ص ٣٤٩ — ٣٥٠ .

بهذه المصلحة فان الحكم بالبطلان يعتبر مخالفا للعدالة ومنافيا لارادة المشرع (١) • وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا المبدأ بصفة عامة سنة ١٩٣٥ (٢) • وأكده فى المجموعة الجديدة سنة ١٩٧٥ بنصها فى المادة ٢/١١٤ على أن « أى بطلان لا يمكن الحكم به الا اذا أثبت الخصم الذى يتمسك به أن العيب قد سبب ضررا • هذا ولو تعلق بشكل جوهرى أو بشكل من النظام العام » •

٢٤٨ — **فى القانون المصرى** : وفقا للمادة ٢٠ مرافعات « يكون الاجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه أو اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء » (٣) •

ويجب ملاحظة أن هذه المادة تفترض لتطبيقها تعيب العمل الاجرائى ، فاذا لم يكن العمل معيبا بعيب شكلى أى ينقصه مقتضى شكلى نص عليه القانون، فلا مجال لتطبيق هذه المادة • ويجب لتحديد وجود عيب ملاحظة ما سبق ذكره من قواعد تتعلق بمرونة الشكل فى القانون الحديث (٤) •

ويفهم من هذه المادة أن نظام حالات البطلان فى القانون المدنى يقوم على المبدأين التاليين :

١ — اذا نص القانون على البطلان ، فان العمل الاجرائى يكون باطلا • ولا حاجة لمن يتمسك بالبطلان لاثبات أى ضرر خاص وقع عليه من جراء عدم احترام الشكل • والمقصود بالنص على البطلان ، أن يأتى نص صريح عليه • فلا يكفى النص الضمنى بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة « لا يجوز » • على أنه رغم تعيب العمل والنص

(١) جبين : رسالة ص ٧٨ — ٧٩ •
(٢) موريل : بند ٤١٠ ص ٣٢٩ •
(٣) هذا النص يأخذ بالحل الذى اقترحناه فى رسالتنا عن نظرية البطلان فى قانون المرافعات مشار اليه •
وانظر نقدنا للافكار التى كانت سائدة فى القانونين المصرى والفرنسى رسالتنا بند ١٧٠ ص ٣١٩ وما بعدها •
(٤) ماسبق بند ٢٤٥ •

الصريح على البطـلان ، اذا أثبت الطرف الآخـر ـ الذى من مصلحته عدم الحكم به ـ أن الغاية من الشكل قد تحققت •

٢ ـ اذا لم ينص القانون صراحة على البطـلان ، فان هذا لا يمنع من الحكم به • على أنه يشترط أن يثبت من يتمسك بالبطـلان أن الغاية من الشكل الذى خولف لم تتحقق •

واذا حللنا هذا النظام لوجدنا أن أساس الحكـم بالبطـلان مـن عدمه ـ وفقا له ـ هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققه • اذا تحققت الغاية ، فلا يحكم بالبطلان رغم النص عليه • واذا لم تتحقق الغاية ، حكم بالبطـلان رغم عدم النص عليه • ولا يكون للنص على البطـلان فى حالة معينة من أهمية الا بالنسبة للاثبات • فاذا كان القانون ينص على البطـلان فان الفرض أن الغاية من الشكل قد تخلفت بعدم احترامه ، وعلى المتمسك ضده بالبطـلان اذا أراد تفادى الحكم به اثبات تحقق الغاية • وعلى العكس اذا لم يوجد نص صريح على البطـلان ، فعلى من يتمسك بالبطلان أن يثبت فضلا عن وقوع المخالفة أن الغاية من الشكل قد تخلفت بسبب هذه المخالفة•

ولكن ما المقصود بالغاية عند الحكم بالبطـلان ؟ وفقـا لنص المادة ١٥٦ مرافعات ايطالى العبرة هى بالنظر الى الغاية من العمل الاجـرائى • ويقصد بها الوظيفة التى رسمها القانون للعمل بين مجموعـة الاعمـال الاجرائية المكونة للخصومة (١) • ولكن المشرع المصرى لم يأخـذ بهـذا الاتجاه ، ورأى ـ آخـذا بنظريتنا (٢) ـ أنه يجب النظر لا الى الغاية من العمل وانما الى الغاية التى قصدها المشرع من الشكل كمقتضى من مقتضيات هذا العمل • ورغم أن المادة ٢٠ مرافعات تشير الى الغاية من

---

(١) ردنتى : جزء أول بند ٦٢ ص ٢٣١ ـ ٢٣٢ . ساتا : بند ١٣٠ ص ١٨٨ . ليبمان : جزء أول بند ١٥٥ ص ٢١٥ .
(٢) نظرية البطلان ـ للمؤلف ـ ص ٣٤٤ وما بعدها .

« الاجراء » ؛ فان المقصود بهذا ـ كما يبدو من الاعمال التحضيرية للمادة ـ هو الغاية من الشكل (١) .

لا شك أن معظم أشكال العمل الاجرائي تتفق الغاية منها مع الغاية من العمل . بحيث يعتبر تحقق الأخيرة محققا للأولى . ولكن هذا لا ينفى أن هناك أشكالا للعمل ترمى ـ فضلا عن تحقيق الغاية من العمل من خلال احترام الشكل ـ الى تحقيق ضمانات معينة للخصوم ولا تتصل اتصالا مباشرا بالغاية من العمل . واذا تخلف الشكل ، ولم تتحقق الغايه منه ، فانه يجب ـ رغم تحقق الغاية من العمل ـ الحكم بالبطلان .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، فتوقيع المحضر على ورقة اعلان لاشأن له بالغاية من الاعلان وهو ايصال واقعه الى علم المعلن اليه ؛ ومع ذلك فانه اذا تحققت الغاية من الاعلان فان هذا لا يمنع من الحكم بالبطلان عند عدم توقيع المحضر على الورقة .

وعلى القاضى أن يبحث فى كل حالة على حدة عما اذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت أم لا . فلا ينظر الى أهمية الشكل فى ذاته ، بل يقدر ما اذا كانت الغاية التى أرادها القانون منه قد توافرت فى الحالة المعروضة رغم تخلفه (٢) (٣) .

---

(١) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الامة المصرى . وقد كان النص الاصلى فى المشروع يستعمل اصطلاح « الغاية من الشكل أو البيان المطلوب » فاستبدلت به اللجنة « الغاية من الاجراء » . وذكرت « أنه من المفهوم أن تحقق الغاية من الاجراء يقتضى تحقق الغاية من الشكل أو البيان » . وهو قول تعوزه الدقة ، اذ الغاية من الاجراء قد تتحقق دون تحقق الغاية من بيان معين .

(٢) وهو ما يعنى أن البطلان قد يترتب جزاء تخلف شكل معين فى حالة ، ولا يترتب فى حالة أخرى رغم تخلف نفس الشكل فى عمل من النوع ، فالمعول عليه هو تحقق الغاية من عدمها وليس كون الشكل المخالف مهما فى ذاته . انظر :

Fourneau (Adrien) : A la recherche d'une notion centrale de droit Judiciaire. Thése Aix 1951-polycopiée, no. 220 p. p. 300-301.

(٣) هناك رأى ـ فى مصر ـ يذهب فى تفسيره للمادة ٢٠ مرافعات الى انه فى حالة عدم النص على البطلان لا يقع على المتمسك بالبطلان أن يثبت تخلف الغاية من الشكل فى الحالة المعروضة ، بل عليه فقط بعدا ثبات

على أنه يلاحظ أن هناك أشكالا لازمة دائما لتحقيق الغاية منها ، بمعنى أن الغاية لا يمكن أن تتحقق اذا تخلف الشكل . وتفسير هذا أن الشكل القانونى قد يرمى الى ضمان تحقق واقعة مادية تتوافر بتحققها حماية قانونية معينة ، وعندئذ لا تعتبر الحماية القانونية مرتبطة ارتباطا

= تعيب الشكل أن يثبت ان هذا العيب يؤدى فى الصورة المجردة للخصومة الى تخلف الغاية الموضوعية التى يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب . فان فعل كان العمل باطلا ما لم يثبت الطرف الآخر ان الغاية قد تحققت فى الحالة المعينة وبالتالى تصحح البطلان . (محمد كمال عبد العزيز — تقنين المرافعات ص ١٠٣ — ١٠٧) .

وفى تقديرنا أن هذا الراى يأخذ بنظام للبطلان غير الذى قننه المشرع المصرى . فالقانون المصرى اراد بتقنينه لفكرة الغاية أن يقنن ما انتهى اليه الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا فى أخذه بشرط الضرر . والضرر يعنى عدم تحقق الغاية فى الحالة المعينة وليس من الناحية المجردة . وهذا ايضا ماانتهى اليه الفقه والقضاء فى ايطاليا بالنسبة لفكرة الغاية التى تنص عليها ١٥٦ مرافعات ايطالى .

اما عدم تحقق الغاية من الشكل من الناحية المجردة ، فانها فكرة قيلت فى تعريف الشكل الجوهرى . وكون الشكل جوهريا لا يكفى وحده لتحقق « موجب البطلان » اذا لم يتحقق ضرر — حتى فى ظل قانون المرافعات المصرى الملغى . وقد كان فريق من الفقهاء فى فرنسا يرى الاكتفاء بجوهرية الشكل دون اشتراط الضرر . ولكن المشرع الفرنسى حسم سنة ١٩٧٥ هذه المسألة وقرر اشتراط الضرر كشرط عام بالنسبة أيضا للشكل الجوهرى ،والمتعلق بالنظام العام . (أنظر الفقرة ٢٤٧ من هذا الكتاب) م والمتعلق بالنظام العام . (أ انظر الفقرة ٢٤٣ م من هذا الكتاب) .

والواقع أن القول بأن على المتمسك بالبطلان اثبات أن العيب « يؤدى فى الصورة المجردة للخصومة الى تخلف الغاية الموضوعية التى يستهدفها المشرع من تقرير الشكل المعيب » يوازى تماما اعفاء المتمسك بالبطلان من اى اثبات . ذلك أن كل شكل تطلبه القانون لغاية معينة ، وهو ما يعنى أنه اذا لم يتحقق الشكل تخلفت حتما — من الناحية المجردة — الغاية منه .

وعلى كل فالنص المصرى صريح اذ يقضى عند عدم النص بأن البطلان يكون اذا شاب العمل عيب « لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء » . ولم يقل ان يكون العيب من شأنه الا تتحقق الغاية من الاجراء .

اما الفقرة الثانية التى تتعلق بثبوت تحقق الغاية فهى خاصة بحالة النص على البطلان . اذ الاصل فيها قيام البطلان لمجرد النص عليه .

وهذا الذى نقوله هو الذى فهمه جيدا قضاء محكمة النقض المصرية فى تفسيره للمادة ٢٠ مرافعات . (انظر الاحكام التى أشار اليها : كمال عبد العزيز ص ١٠٦) . وانظر تأييدا لوجهة نظرنا : وجدى راغب — مبادىء ص ٨٣ . ابراهيم نجيب سعد : ص ٧٤٥ وما بعدها .

مباشرا بالشكل القانونى • فيكفى تحقق الواقعة المادية ولو عن غير طريق الشكل القانونى لكى تتحقق الحماية التى يرمى اليها هذا الشكل • على أن الشكل قد يعتبر هو نفس الواقعة المادية التى تتوقف عليها مباشرة الحماية القانونية وعندئذ لا تتوافر هذه الحماية بغير هذا الشكل وتعتبر الغاية من الشكل متخلفة بمجرد تخلف الشكل • مثل النوع الاول بيان تاريخ الجلسة للمدعى عليه • فهذا الشكل يرمى الى تحقق واقعة مادية معينة تتوافر بحضور المدعى فى الجلسة المحددة • فاذا تحققت هذه الواقعة رغم تخلف الشكل ، فان هذا كاف • ومثل النوع الثانى توقيع المحضر على ورقة الاعلان • فهذا التوقيع يرمى الى اعطاء الاعلان صفة الورقة الرسمية • وهى غاية لا يمكن أن تتحقق عن طريق آخر غير توقيع الموظف المنوط به الاعلان (١) • ومن ناحية أخرى ، يلاحظ أن هناك أشكالا لاتعتبر أشكالا للعمل بالمعنى الصحيح وانما هى مجرد أشكال تنظيمية • وهذه لا يؤدى عدم احترامها الى البطلان ، ولو أدت مخالفتها الى تخلف الغاية منها • ومن هذه تحديد أيام معينة لعقد الجلسات بالمحكمة (٢) •

ومن المقرر أن المادة ٢٠ لا تنطبق اذا لم يوجد العمل الاجرائى ، ففى هذه الحالة لا يجدى اثبات تحقق الغاية • ذلك أن المشرع ينظم فى

---

(١) ومن التطبيقات القضائية للاشكال التى يترتب على تخلفها حتما البطلان فالغاية منها لا يمكن أن تتحقق اذا تخلفت :

(أ) تسبيب الاحكام : فتسبيب الحكم عنصر لازم لتحقيق الغاية منه ، اذ الحكم يرمى الى بيان وجه القانون فى قضية معينة على نحو مؤكد ، وعدم التسبيب يؤدى الى اثارة الشك وزعزعة الثقة فيه .

(ب) — توقيع القاضى على الحكم : فهذا التوقيع شكل لازم لتحقيق الهدف منه وهو تأكيد صدوره منه ، ولهذا فان تخلفه يؤدى دائما الى البطلان .

(جـ) وجوب الاعلان فى الساعات الجائز الاعلان فيها : اى بين السابعة صباحا والخامسة مساء ، اذ الغاية من هذا العنصر الشكلى هو عدم ازعاج المعلن اليه فى وقت يستريح فيه مراعاة لآدميته ، وهى غاية يؤدى تخلف الشكل الى تخلفها فهى مرتبطة به وجودا وعدما .

(د) مراعاة الترتيب بين الأعمال الاجرائية : نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض ١٤ — ٣٧٢ — ٥٨ .

(٢) نقض مدنى ١٠ أبريل ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٥٠ — 71

هذه المادة بطلان العمل ، والبطلان يفترض الوجود المادى للعمل • فاذا لم يتم القيام بالعمل فلا يمكن الكلام عن بطلانه أو صحته (١) •

واذا تخلفت الغاية من الشكل ، فان العمل يكون باطلا بصرف النظر عن خطأ من قام بالعمل أو عدم امكان نسبة خطأ شخصى اليه ، ودون اعتبار لحسن نيته أو سوئها • فلا يجديه فى دفع البطلان التمسك بحسن نيته (٢)

ويتوقف الحكم بالبطلان على عدم تحقق الغاية أيا كان العمل الاجرائى ولو كان حكما قضائيا (٣) ، وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام (٤) •

ويعتبر تحقق الغاية فى حالة معينة أو عدم تحققها مسألة موضوعية لا يجوز اثارتها لاول مرة أمام محكمة النقض (٥) ، وتخضع لتقدير قاضى الموضوع الذى لا يلزم الا بتسبيب حكمه تسبيبا كافيا بأن يبين بطريقة محددة لماذا يرى أنه لم تتحقق الغاية أو أنها قد تحققت • ولهذا فان قاضى الموضوع لا يستطيع أن يقتصر على القول بأن الغاية قد تحققت أو أنها لم تتحقق (٦) • على أن تقدير ما هى الغاية من الشكل القانونى يعتبر مسألة قانونية • فلا يستطيع قاضى الموضوع أن يذهب الى أن الغاية من الشكل غاية معينة غير التى أرادها المشرع • ورقابة محكمة

---

(١) Fazzalari : riv. proc. 1947-2-59 no. 15.
نقض مدنى ١٩٨٠/٢/١١ — فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق (اذا كان الاعلان لم يحدث ، فلا يجوز التمسك بمبدأ تحقق الغاية من الاعلان) .

(٢) محكمة استئناف بوردو ٤ فبراير ١٩١٨ — سيرى ١٩١٨ — ٢ — ٥٦ .

(٣) نقض مدنى ١٠ ابريل ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٥٠ — ٧١

(٤) وقد كانت المادة ٢٠ من مشروع الحكومة تشتمل على فقرة ثانية تنص على أنه « وفى جميع الاحوال يجب الحكم بالبطلان اذا كان متعلقا بالنظام العام » ، ولكن اللجنة التشريعية بمجلس الأمة لم توافق عليه .

(٥) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٥٦ — ١٤٤ .

(٦) أنظر : نقض فرنسى ١٠ ابريل ١٩٤٠ — دالوز الاسبوعى ١٩٤٠ — ١١٥ .

النقض فى هذا الشأن تؤدى الى تقييد سلطة قاضى الموضوع ، وتجنب مايخشى من تعسفه بالنسبة للبطلان • وتعتبر مسألة قانونية أيضا وجوب مراعاة الغاية عند الحكم بالبطلان • فاذا حكم بالبطلان المنصوص عليه رغم تحقق الغاية أو رفض الحكم بالبطلان غير المنصوص عليه رغم اثبات تخلف الغاية ، كان الحكم مخالفا للقانون (١) •

٢٤٩ — احكام البطلان : استبعاد اصطلاح الانعدام :

أولى المسائل التى تفرض نفسها على البحث عند دراسة أحكام البطلان هى امكان تمييز البطلان عما يسمى بالانعدام inexistence وتقوم فكرة الانعدام على أساس أن العمل القانونى لكى يتصف بالصحة أوبالبطلان يجب أن يوجد ، فاذا لم يوجد فانه لا يمكن منطقيا أن نطلق أحد هذين التكييفين عليه ، ومن هنا وجوب التفرقة بين ما يلزم لوجود العمل وما يلزم لانتاج آثاره القانونية أى لصحته ، وبالتالى التفرقة بين عدم الوجود والبطلان (٢) • ويرى أنصار الفكرة أن هذا التميز يرتب النتائج التالية (٣) : (أ) الانعدام لا يحتاج الى قرار به من القاضى • فالمنعدم ليس بحاجة الى من يعدمه • (ب) لكل ذى مصلحة التمسك بالانعدام ، وعلى القاضى أن يقرر الانعدام من تلقاء نفسه • (جـ) لا يرد التصحيح على الانعدام • (د) اذا كانت صحيفة الدعوى منعدمة ، فانها لا تنشىء التزاما على القاضى بنظرها ولو للقضاء ببطلانها ، واذا أهملها فأنه لا يعتبر منكرا للعدالة • ويستطيع رافعها أن ينزل عنها دون موافقة المدعى عليه • ويمكن له — ولو قبل النزول عنها — رفع نفس الدعوى أمام نفس المحكمة أو أمام محكمة أخرى • ونحن وان كنا نسلم بمعظم النتائج المترتبة على هذا التفرقة الى اننا لا نوافق عليها من الناحية الاصطلاحية و ذلك لما يأتى :

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٣٠ مايو ١٩٤٩ — سيرى ١٩٤٩ — ١ — ١٧٥

(٢) Pize (J.) Essai d. une théorie generale sur la distinction de l, inexistence et de l, annulabilité des contrats thèse, Lyon p. 85.

Bourgeon (Ph.) : Distinction de l'inexistenee et l'annulabilté des actes juridiques thèse Paris 1885, p. 147.

(٣) كيوفندا : مبادىء ص ٦٦٥ . ماسارى : قضاء ايطالى ١٩٥٥ — ١ — ١ — ٢٤٧ •

(أ) ان القانون ينظم البطـلان . ويقصد بالعمل الباطل العمل الذى لا تتوافر فيه المقتضيات التى يتطلبها القانون فى عمل معين مما يؤدى الي عدم انتاج آثاره القانونية . ولايمكن أن يقصد بالانعدام القانونى غير هذا (١) .

(ب) أن النتائج التى يرتبها أنصارها عليها بعضها محل شـك ، اذ يجب التقرير القضائى دائما . واذا كانت هناك حالات لا يلجأ فيها الى المحكمة فلأن الحاجة العملية لا تتطلب الالتجاء اليها لظهور تعيب العمل الى درجة عدم منازعة أحد فى تعيبه . أما باقى النتائج فيمكن ترتيبها على فكرة البطلان . فيمكن القول ان هناك بطلانا يقبل التصحيح وبطلانا لا يقبل التصحيح . وهكذا . فليس هناك أى مبرر فنى للاخذ باصطلاح الانعدام لنصل الى هذه النتائج .

٢٥٠ ــ تقسيم البطلان : البطلان المتعلق بالنظام العام والبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة : ينقسم بطلان العمل الاجـرائى أسـاسا ــ وفقا للقانون المصرى ــ الى بطلان متعلق بالنظام العام وبطلان متعلق بالمصلحة الخاصة (أنظر المادتين ٢١و٢٢ مرافعات) وتعبر فكرة النظام العام عن ضرورة حماية المصلحة العليا للمجتمع . ولما كانت القواعد الأساسية فى مجتمع ما متغيرة ، فمن المقرر أن تحديد ما يتصل مباشرة بالنظام العام يخـرج عن نطاق نشاط المشرع الذى يجب أن تتوافر فى قواعده الثبات ، ليدخل فى نشاط القاضى . وحتى فى الحالات التى ينص فيها القـانون على البطـلان ، فقد يتصل ببطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة (٢) . على أن القانون قد ينص فى بعض الحالات على تعلق البطلان بالنظام العام . وهو يفعل هذا عادة بالنص على أن على القاضى أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه . وقد يشير على العكس الى أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام ، وذلك بالنص على أن البطلان يزول بنزول من له التمسك به . فاذا لم يوجد نص تشريعى ، ترك الأمر للقاضى . وعلى القاضى أن يضع

---

(١) كارنيلوتى : انعدام العمل القـانونى ــ مجلة قانون الخصـومة ١٩٥٠ ــ ١ ص ٢٠٨ .

(٢) دى لامور اندير : النظام العام ــ مشار اليه ــ ص ٣٨٥ ــ ٣٩٨

نصب عينيه نوع المصلحة التى يرمى المشرع الى حمايتها بالقاعدة المخالفة (١) .

ويمكن القول ان قواعد التنظيم القضائى تتعلق بالنظام العام ، اذ هى تنظم مرفقا عاما من مرافق الدولة هو مرفق القضاء . ولهذا فان الحكم الذى يصدر من محكمة مشكلة تشكيلا غير صحيح أو من شخص ليس لديه ولاية القضاء يكون باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام . كذلك اذا صدر حكم من قاضى فى حالة لا يكون فيها صالحا لنظر الدعوى . وتعتبر متعلقة بالنظام العام أيضا قواعد الاهلية والتمثيل القانونى . ولهذا فان على القاضى أن يتحقق - من تلقاء نفسه - من توافر أهلية الخصوم وصحة تمثيلهم . واذا تبين له نقص أهلية أحد الخصوم أو عدم صحة تمثيله ، فعليه أن يقضى بالبطلان من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الخصومة (٢) . ومن البطلان لعيب شكلى أيضا ما يتعلق بالنظام العام . ويمكن القول أن غالبية الاشكال تتعلق برعاية مصلحة خاصة (٣) ، غير أن التطور الذى أدى الى اعتبار الخصومة نظاما من القانون العام أدى الى اعتبار أشكال كثيرة متعلقة بالنظام العام . فيعتبر متعلقا بالنظام العام جميع الأشكال التى ترمى الى ضمان حسن سير القضاء كمرفق عام . ومثالها وجوب أن تكون الجلسة علنية وأن يصدر الحكم علنا فى الجلسة (٤) . كذلك يتعلق حق الدفاع بالنظام العام . ولهذا فان بطلان العمل الاجرائى يتعلق بالنظام العام اذا كانت مخالفة الشكل من شأنها عدم تمكين الخصم من الدفاع . ومن المواعيد ما يتعلق بالنظام العام وهى المواعيد التى تتصل بالتنظيم العام

---

(١) جارسونيه : جزء ثان بند ٤٢ ص ٧٩ - ٨٠ .

(٢) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان للمؤلف ص ٤٨٩ - ٤٩٢ . على انه اذا لم يتمسك الخصم بانعدام صفة ممثل خصمه فى الدعوى فلا يجوز له اثارة هذا الدفع لاول مرة أمام محكمة النقض (نقض ١٩٨١/١١/٢٩ م فى الطعن رقم ١٧٧ لسنة ٤٤ ق .) .

(٣) موريل : بند ٤١١ ص ٣٢٩ - ٣٣٠ .

(٤) ليبمان : جزء أول بند ١١٦ ص ٢١٦ . تياند : رسالة مشار اليها ص ١٢٥ .

للخصومة والتى ترمى الى وضع حد للنزاع • ومثالها مواعيد الطعن فى الأحكام (١) •

٢٥١ — من له التمسك بالبطلان :

١ — اذا كان البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة أى مقررا كجزاء لمقتضى مقرر لحماية المصلحة الخاصة لشخص أو أشخاص معينين ، فان لهذا الشخص أو هؤلاء الاشخاص وحدهم التمسك بالبطلان (٢) • (مادة ٢١ / ١ مرافعات) فليس لغيرهم ولا للنيابة التمسك بالبطلان • كما أن القاضى لا يستطيع أن يقضى بالبطلان من تلقاء نفسه • ولمعرفة من الذى قرر القانون المقتضى لمصلحته يجب الرجوع الى ارادة المشرع(٣) ويتبع فى الكشف عن هذه الارادة القواعد العامة فى التفسير • وتطبيقا لهذا المبدأ ، حكم بأن بطلان الاجراءات التى تتخذ بعد انقطاع سير الخصومة قرره القانون لمصلحه من شرع الانقطاع لمصلحتهم ، فليس لغيرهم التمسك به (٤) • وان البطلان المترتب على عدم اعلان أحد الخصوم بمنطوق الحكم باجراء التحقيق مقرر لمصلحته فله وحده التمسك به (٥) • وليس لغير من تقرر المقتضى لمصلحته التمسك بهذا البطلان ولو كانت له مصلحة فى الحكم به • وتطبيقا لهذا حكم بأنه اذا تعدد المطعون ضدهم ، وكان اعلان احدهم معيبا فليس للمطعون ضدهم الاخرين التمسك بهذا البطلان ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة أو محكوما فيه بالتضامن وذلك رغم توافر المصلحة لديهم اعتبارا بأن الحكم ببطلان الطعن بالنسبة للاول يؤدى قانونا الى بطلان الطعن

---

(١) نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٣٦ — المحاماة ١٧ — ١٨٣ — ٨٦ .

(٢) جلاسون : جزء ثان بند ٤٤٣ ص ٣٤٤ .

(٣) Andrioli (V.) Commento al codice di procedura civile. V. I. Napoli 1954 p. 423.

(٤) نقض مدنى ٨ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٨٩ — ٩٣ .

(٥) نقض مدنى ٥ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٢ — ١٤ .
وانه ليس للمحكمة أن تقضى من نفسها ببطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب فى الاعلان (نقض مدنى ٢٥ أبريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧٦٨ — ١٢٠) .

برمته لصدور الحكم المطعون فيه فى دعوى يوجب القانون فيها تعددا اجباريا (١) .

على أنه ليس لمن كان سببا فى بطلان العمل الاجرائى أن يتمسك بهذا البطلان (٢١ مرافعات) ، ولو كانت القاعدة المخالفة مقررة لمصلحته . ذلك أنه ليس لشخص أن يدعى ضد فعله (٢) . ويستوى أن يكون من تسبب فى البطلان هو الخصم نفسه أو شخص آخر يعمل باسمه . ولهذا فان الخصم الذى يعمل المحامى أو المحضر الذى قام بالعمل باسمه ليس له التمسك بالبطلان . كذلك الامر اذا كان من تسبب فى البطلان ولى الخصم أو الوصى عليه أو ممثل الشخص المعنوى ولا يجب أن يكون قد صدر من الخصم غش أو خطأ بل تكفى مجرد الواقعة التى تؤكد نسبة البطلان الى الخصم أو من يعمل باسمه . فالمعيار هنا معيار موضوعى (٣) . والشرط الوحيد هو توافر رابطة السببية بين فعل الخصم أو من يعمل باسمه وبين العيب . وتوجد هذه الرابطة اذا كان هذا الفعل شرطا لازما لوجود العيب . ولا يشترط أن يكون هو السبب الوحيد أو السبب الرئيسى أو السبب العادى (٤) . وتطبيقا لهذا المبدأ ، حكم بأن الخصم الذى تسبب بأعماله فى تأجيل التحقيق ليس له التمسك ببطلان اجراء التحقيق لفوات ميعاد اجرائه (٥) .

٢ — أما اذا كان البطلان مقررا كجزاء لمخالفة قاعدة مقررة للمصلحة العامة فان مما يتعلق بالنظام العام أن يحكم بالبطلان . ولهذا :

---

(١) نقض مدنى ٤ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٤٣ لسنة ٤٩ ق . ١٧ نوفمبر ١٩٧٠ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٥ — ٧١٧ — ٧٦ .

(٢) نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٢٧٤ ص ٥٠٥ — ٥٠٦ . وتفترض هذه القاعدة أن العمل قد تم ولكنه مشوب بالبطلان ، ولهذا فانها لا تنطبق اذا كان اعلان صحيفة الدعوى لم يحدث . اذ يكون الاعلان منعدما . (نقض ١٢/٦ سنة ١٩٨١ فى الطعن رقم ٩٣٠ لسنة ٤٤ ق .) .

(٣) دونوفريو : جزء اول بند ٣٩٣ ص ٣٢٣ .

(٤) كارنيلوتى : نظام — جزء ثان بند ٥٦٥ ص ٥٢٤ .

(٥) الزقازيق الابتدائية ١٠ ابريل ١٩٥٢ — المحاماة ٤٢ — ١١٥٣ — ٢٩٦ .

(أ) تقضى المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها ، وذلك صيانة للنظام العام الذى يعتبر مخالفة القاعدة المعينة انتهاكا لمبادئه (١) . وقد ينص القانون صراحة على اعطاء المحكمة هذه السلطة . على أن للمحكمة سلطة الحكم بالبطلان فى كل مرة يتعلق فيها البطلان بالنظام العام دون حاجة لنص صريح (٢) . ولهذا ، فان المحكمة تقضى من تلقاء نفسها ببطلان الحكم الذى حضر تلاوته ووقع مسودته قاض لم يكن من القضاة الذين سمعوا المرافعات (٣) ، وببطلان صحيفة الاستئناف التى لم يوقعها محام مقبول أمام الاستئناف (٤) ، أو التى رفعت بعد ميعاد الاستئناف (٥) . على أنه اذا كانت المحكمة تلتزم عند تعلق البطلان بالنظام العام بالحكم به من تلقاء نفسها ، فان هذا لا يعفى الخصم من عبء الاثبات . فالمسألة التى يمكن القضاء فيها من تلقاء نفس القاضى لا يمكن أن يثيرها القاضى ويحكم فيها اذا تبين له ضرورة القيام ببحث واقعة لا يجد فى الاوراق والأقوال التى أبديت أمامه عناصرها اللازمة التى كان يجب على الخصم تقديمها ولم يفعل .

(ب) للنيابة العامة التمسك بالبطلان . وليس فى الأمر صعوبة اذا كانت مدعية أو مدعى عليها أو طاعنة فى حكم أو مطعونا ضدها ، اذ هى عندئذ تتمسك بالبطلان المقرر لها كطرف . كما يكون لها التمسك بالبطلان المتعلق بالنظام العام . أما اذا كانت فى الخصومة بطريق التدخل ، فليس لها التمسك بالبطلان المقرر لمصلحة أى من الخصمين فيها ، وانما يكون عليها واجب التمسك بالبطلان المقرر جزاء لقاعدة تتعلق بالنظام العام ولو لم يتمسك به أحد الخصوم (٦) .

---

(١) كيوفندا : مبادىء ص ٦٥٦ . موريل : بند ٤١١ ص ٣٣٠ .
(٢) ردنتى : جزء أول بند ٦٢ ص ٢٣٢ .
(٣) نقض مدنى ١٨ أبريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٤٧٨ — ١٢ .
(٤) استئناف مصر ٢٩ اكتوبر ١٩٤٦ — المجموعة الرسمية ٤٨ — ١٣٥٠ — ٦١ .
(٥) استئناف مختلط ٢٧ يونيو ١٩٤٥ بيلتان ٥٧ — ١٩١ .
(٦) جارسونيه : جزء ثان بند ٥٦ ص ١٠٤ .

(جـ) لكل ذى مصلحة التمسك بالبطـلان المتعلق بالنظام العام (١). أى أن كل من يكون فى مركز قانونى يتأثر ببطلان العمل الاجرائى يكون له حق التمسك بهذا البطلان . ويكون له هذا سواء كان طرفا أصلياأم متدخلا ، وسواء كان هو الذى قام بالعمل الباطل أو تسبب فى البطلان (٢)، أو كان من تم العمل ضده .

٢٥٢ — تصحيح البطلان : نعنى بتصحيح البطلان زواله ، أى أن العمل المعيب القابل للابطال يصبح غير قابل له . ويعمد المشرع الحديث الى الاكثار من حالات التصحيح حتى تستمر الخصومة وتحقق غايتها بغير العقبات التى يثيرها بطلان عمل منها . ويمكن تقسيم التصحيح الى نوعين :

١ — التصحيح بزوال العيب : (تكملة العمل الاجرائى) : لا يبطل العمل الا اذا كان معيبا . فاذا تحقق عيب فى العمل مما يؤدى الى بطلانه ثم أضيف المقتضى الذى ينقص العمل أو صحح المقتضى المعيب فيه بحيث تتوافر فى العمل جميع مقتضياته ، فانه يصبح غير معيب ولا يحـكم ببطلانه (٣) . وقد نص المشرع المصرى على التصحيح بالتكملة فى المادة ٢٣ مرافعات « يجوز تصحيح الاجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الاجراء . فاذا لم يكن للاجراء ميعاد مقرر فى القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه. ولا يعتد [illegible] الا من تاريخ تصحيحه » . ويبين من هذا النص أنه يشترط للتصحيح بالتكملة شرطان :

١ — أن يضاف الى العمل ما ينقصه . وذلك باضافة المقتضى المعيب . ويستوى أن يكون العيب أو النقص فى مقتضى موضوعى كعيب الاهلية

---

(١) موريل : بند ٤١١ ص ٣٣٠ .

(٢) جلاسون : جزء ثان بند ٤٤٢ ص ٣٤٤ . نقض ١٩٨١/١٢/٦ فى الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٤٤ ق .

(٣) Drogoul, Essai d, une théorie generale des nullités. thèse Aix 1902-p. 236.

أو التمثيل القانونى (١) ، أو فى مقتضى شكلى . ولهذا حكم بأنه اذا كانت الصحيفة باطلة لرفعها باسم شركة تحت التصفية دون ذكر المصفى الذى له تمثيلها قانونا أمام القضاء فان تدخل الممثل القانونى للشركة أثناء المرافعة يصحح البطلان (٢) ، واذا أعلن تقرير الطعن غير مشتمل على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه ، فان هذا النقض يكمله اعادة اعلان التقرير مشتملا على هذه البيانات (٣) . ولا يشترط أن تتم التكملة بنفس الوسيلة التى تم بها العمل المراد تكملته . ولا أن يكون البيان المضاف مماثلا تماما للبيان الناقص ما دام يؤدى الوظيفة التى يؤديها هذا البيان . ويمكن التصحيح بالتكملة سواء كان البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة أو بالمصلحة العامة . ذلك أن النظام العام لا يضار ما دام قد أمكن تكملة العمل .

٢ — أن تتم التكملة فى الميعاد الذى ينص عليه القانون للقيام بالعمل الاجرائى . وعلى هذا اذا رفع استئناف وشاب صحيفته عيب فانه يشترط لتصحيحها بالتكملة أن تتم هذه التكملة خلال ميعاد الاستئناف . فاذا كان الميعاد قد انقضى ، فان التصحيح بالتكملة يصبح غير ممكن (٤) . فاذا لم يكن هناك ميعاد يجب القيام بالعمل خلاله ، فان المحكمة تعين ميعادا للتصحيح . واذا حددت المحكمة ميعادا للتصحيح ، فان على الخصم أن يقوم بالتصحيح خلاله ، والا تعرض للحكم عليه بغرامة من جنيه الى عشرة جنيهات وفقا للنص العام الوارد فى المادة ٩٩ مرافعات .

واذا توافر هذان الشرطان ، صحح العمل ، ولو تمت التكملة « بعد التمسك بالبطلان » ، على أنه ليس للمحكمة أن تأمر بالتصحيح من تلقاء نفسها ، دون طلب من الخصم ، وذلك مهما كان العيب الذى يشوب

(١) ولكن لا ينطبق نص المادة ٢٣ على الصفة فى الدعوى ، اذ هذه من شروط الدعوى وليست من مقتضيات العمل الاجرائى .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ فبراير ١٩٢٦ . بيلتان ٣٨ — ٢٦٢ .

(٣) نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٤٠ — ١٣٩ .

(٤) نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٥٥ — مجموعة النقض ٦ — ٧٠٨ — ٩٣ .

العمل • وتؤدى التكملة الى زوال العيب • ووفقا للمادة ٢٣ مرافعات « لا يعتد بالاجراء الا من تاريخ تصحيحه » ، فليس للتصحيح بالتكملة أثر رجعى (١) • وتطبيقا لهذا حكم بأنه اذا صححت الدعوى بتوجيهها الى الممثل القانونى للمدعى عليه فان التصحيح لا ينسحب أثره الى تاريخ رفع الدعوى ولا يجعل رفع الدعوى قاطعا للتقادم منذ ذلك التاريخ (٢) •

٢٥٣ ـ ٢ ـ التصحيح مع بقاء العيب : يختلف هذا التصحيح عن النوع الأول فى أن التصحيح يتم رغم بقاء العيب الذى من شأنه أن يبطل العمل • ويمكن تقسيم هذا التصحيح الى قسمين :

(أ) التصحيح بالنزول عن التمسك بالبطلان : للخصم الذى من حقه التمسك بالبطلان أن ينزل عن هذا الحق • وقد يكون النزول صريحا أو ضمنيا (مادة ٢٢ مرافعات) • أما النزول الصريح فهو اعلان الخصم ارادته صريحة بالنزول عن حقه فى التمسك بالبطلان • ولا يشترط فى هذا الاعلان أى شكل خاص فيمكن أن يتم شفاهة فى الجلسة فى مواجهة الخصم الآخر ، كما يمكن أن يتم كتابة فى مذكرة تعلن اليه • ويمكن الاتفاق مقدما على النزول عن البطلان اذا تعلق بعمل معين ولسبب معين • أما الاتفاق المقدم على النزول العام غير المحدد عن التمسك ببطلان عمل معين أيا كانت العيوب التى تشوبه فهو غير جائز • ذلك أن القاعدة العامة هى عدم جواز النزول عن حق الا عن علم به • والنزول العام يكون دون علم بأسباب البطلان التى لو علمها النازل فقد لا يقدم على نزوله (٣) • أما النزول الضمنى فهو سلوك من الخصم يدل ضرورة على ارادة من قام به فى النزول عن التمسك بالبطلان • ويبحث القاضى — للكشف عن هذه الارادة — فيما اذا كان العمل الذى يراد اعتباره نزولا

---

(١) وهو نص يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء قبل المجموعة الجديدة ، اذ كان مستقرا على أن الاجراء يعتبر — بالتكملة — صحيحا من وقت صدوره . (انظر : نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٢٩٢ ص ٥٤٢ . نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٠٧ — ٢١٣) .

(٢) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٣ ق .

(٣) Ghienne (G.) : Les nullités de forme de procédure civile. thèse Lille 1937-p. p. 148.

يمكن أن يتفق فى ذهن من قام به مع ارادة التمسك بالبطلان (١) • ولقاضى الموضوع سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض الا فى وجوب بيان أسباب معقولة وكافية لاستنتاجه (٢) •

واذا نزل من له التمسك بالبطلان عن حقه ، أنتج النزول أثره دون اشتراط موافقة الخصم الآخر •

ويلاحظ أن النزول عن البطلان جائز سواء كان سببه عيبا فى الشكل أم عيبا غير شكلى • وانما تحدد نطاقه فكرة النظام العام (٢٢ مرافعات) • فاذا تعلق البطلان بالنظام العام كما هو الحال بالنسبة لبطلان الاستئناف لرفعه بعد الميعاد فان نزول ذى المصلحة عن التمسك به لا ينتج أى أثر • فيجوز له بعد نزوله أن يتمسك بالبطلان ، ويجوز لغيره من ذوى المصلحة ذلك من باب أولى ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان رغم هذا النزول (٣) • أما اذا كان البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة ، فمن له الحق فى التمسك به النزول عن هذا الحق (٤) • على أنه يلاحظ أن هذا النزول لا يؤدى الى التصحيح الا اذا كان هذ الحق لخصم واحد • أما اذا كان الحق لأكثر من خصم ، فان نزول أحدهم عن حقه يعتبر صحيحا ولكنه لا يرتب أثرا الا بالنسبة له ولا يحرم الآخرين من حقهم فى التمسك بالبطلان • واذا ترتب على النزول تصحيح العمل

---

(١) ولكن النزول لا يفترض و « لا يقام على الظن أو الاحتمال أو على واقعة غير قاطعة الدلالة » على النزول . (نقض مدنى ٢٤ أبريل ١٩٥٢ — مجموعة النقض — ٣ — ٩٥٠ — ١٤٠) وأنظر تطبيقا لنزول ضمنى فى : نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٧٧ — الطعن رقم ٥٦٩ لسنة ٤٣ ق .

(٢) نقض فرنسى عرائض ٢٣ يناير ١٩١٢ — سيرى ١٩١٢ — ١ — ١٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ مايو ١٩١٧ . بيلتان : ١٩ — ٢٧١ . جارسونيه : جزء ثان بند ٥٦ ص ١٥ .

(٤) نقض مدنى ٩ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٥٨ — ١٠٦ (مباشرة كاتب الجلسة عملا فى دعوى تربطه بأحد الخصوم فيها صلة قرابة للدرجة الرابعة يترتب عليه بطلان لا يتعلق بالنظام العام مما يجوز النزول عنه) .

الباطل ، فان هذا التصحيح يترتب بأثر رجعى • فيعتبر العمل الاجرائى صحيحا منذ القيام (١) •

(٢) التصحيح بواقعة قانونية : وهنا لا يرجع التصحيح الى الارادة بل الى نص القانون • فقد رأى المشرع أن يحدد وقائع معينة فى الخصومة ، اذا حدثت احداها ترتب عليها سقوط الحق فى التمسك بالبطلان • وبهذا تسير الخصومة دون أن تكون مهددة فى مرحلة متقدمة منها ببطلان عمل تم فى مراحلها الأولى (٢) • وتتميز هذه الوقائع المصححة عن النزول ، بأنه فى النزول يجب ثبوت ارادة لدى النازل صريحة أو ضمنية ، أما بالنسبة لهذه الوقائع فانها ترتب أثرها بمجرد تحققها بصرف النظر عن ارادة الخصم • ومن المقرر أن هذه الوقائع — لأنها تحرم صاحب الحق من حقه دون ارادته — لا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها (٣) • وليس للقاضى أية سلطة تقديرية لاضافة وقائع مصححه الى تلك التى ينص عليها القانون • ومثال هذه الوقائع ما تنص عليه المادة ١٠٨ من وجوب ابداء الدفوع الاجرائية قبل أى طلب أو دفاع أو دفع بعدم القبول ، وما هو مقرر من زوال البطلان الذى يشوب الحكم اذا انقضت مواعيد الطعن فيه ، فعندئذ يصحح البطلان كأثر لحجية الأمر المقضى (٤) •

٢٥٤ — آثار البطلان : يعتبر العمل الاجرائى صحيحا منتجا لآثاره فى الخصومة حتى يقرر القاضى بطلانه (٥) • وهذه قاعدة عامة تسرى أيا كان نوع البطلان سواء تعلق بالمصلحة الخاصة أم بالنظام العام (٦) • واذا حكم ببطلان عمل ما ، فالقاعدة أن هذا العمل لا ينتج أى أثر ، ويعتبر كأن لم يكن (٧) • على أنه قد تترتب — رغم البطلان — بعض

---

(١) بالتفصيل : نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٣٠٩ ص ٥٦٦ .
(٢) ليبمان : جزء أول بند ١١٩ ص ٢١٧ — ٢١٨ .
(٣) جابيو : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٨ ص ٤٨٠ .
(٤) بالتفصيل : نظرية البطلان للمؤلف ص ٥٧٠ وما بعدها .
(٥) جارسونيه : جزء ثان بند ٥٦ ص ١٠٦ .
(٦) ليبمان : جزء أول بند ١١٩ ص ٢١٨ .
(٧) بتى : المرافعات — بند ٤٨ ص ٢٠٤ .

الآثار القانونية . وهـذه قد تكون آثار عمل آخر يتحول اليه العمل الباطل ، وقد تكون بعض آثار نفس العمل ينتجها العمل رغم بطلانه :

١ — فى الصورة الأولى يوجد ما يعرف بتحول العمل الاجرائى . والتحول ليس سوى تكييف المقتضيات غير المعيبة من واقعة قانونية ما . وقد نصت عليه المادة ١/٢٤ كالتالى « اذا كان الاجراء باطلا وتوافرت فيه عناصر اجراء آخر فانه يكون صحيحا باعتباره الاجراء الذى توافرت عناصره » . وتلاحظ التفرقة بين تحول التصرف القانونى وتحول العمل الاجرائى . فبينما فى التصرف القانونى يجب للتحول أن تكون نية المتصرف قد اتجهت الى التصرف المحول اليه فى حالة علمه ببطلان التصرف الاصلى ، فان تحول العمل الاجرائى يتم بصرف النظر عن نية من قام بالعمل (١) . ومن أمثلة التحول تحول حلف اليمين الحاسم الباطل لعيب شكلى الى اقرار قضائى صحيح (٢) وتحول الصلح غير الموثق من المحكمة لرجوع أحد الطرفين فيه الى بيان كتابى صريح يقرر فيه المدعى — بموافقة المدعى عليه — تركه الخصومة (٣) .

٢ — أما فى الصورة الثانية ، فيوجد ما يعرف بانتقاص العمل الاجرائى . والفارق بينهما أنه فى التحول تكفى المقتضيات غير المعيبة لتكوين عمل قانونى آخر ، بحيث أن الآثار التى تنتج تعتبر آثارا له وليست بعض آثار العمل الباطل ، أما فى الانتقاص فان المقتضيات غير المعيبة لا تكفى لانتاج عمل جديد ، وانما ينتج العمل الباطل هو نفسه بعض الآثار التى ينتجها لو كان صحيحا (٤) . ويمكن الكلام عن الانتقاص فى حالتين :

---

(١) نظرية البطلان — للمؤلف — ص ٦٥١ .

(٢) نظرية البطلان — للمؤلف — ص ٦٥٢ . وفيه تطبيقات اخرى .

(٣) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٣٦ — ٥٩ . — ٥٩ .

(٤) بتى : المرافعات بند ٥١ ص ٢١٨ . ساتا : المرافعات بند ١١٢ ص ١٩٠ — ١٩١ .

(أ) أن يكون العمل الاجرائى مركبا من عدة أجزاء قابلة للانقسام ، ويكون أحد الأجزاء معيبا ، فتبقى الاجزاء الاخـرى صحيحة . وهذه الصـورة هى التى نص عليها القانون المصرى فى المادة ٢/٢٤ كالتالى « واذا كان الاجراء باطلا فى شق منه فان هذا الشق وحده هو الذى يبطل » ومثالها أن يصدر حكم فى أكثر من موضوع ، ويطعن المحكوم عليه بالنسبة لشق منه فقط ، فتقضى المحكمـة ببطلان الحكم المطعون فيه . فعندئذ يكون الحكم صحيحا بالنسبة لما لم يطعن فيه ، باطلا بالنسبة لما طعن فيه وقضى فيه بالبطلان (١) .

(ب) أن يكون العمل الاجرائى بسيطا ولكنه متعدد الآثار . فيحقق بعض آثاره رغم بطلانه . ولم ينص القانون المصرى على هذه الحالة ولكن يمكن الاخذ بها دون نص تطبيقا للقواعد العامة . ومن أمثلتها أن المطالبة القضائية رغم بطلانها يلتزم القاضى باصدار حكم فيها ولو ببطلانها والا اعتبر منكرا للعدالة (٢) .

٢٥٥ — أثر بطلان العمل الاجرائى على الاعمال الاجرائية الاخرى : وفقا للمادة ٣/٢٤ مرافعات « لا يترتب على بطلان الاجراء بطـلان الاجراءات السابقة عليه أو الاجراءات اللاحقة اذا لم تكن مبنية عليه » وهذه الفقرة تعالج مشكلة تأثير بطلان العمل الاجرائى فى أعمال الخصومة الأخـرى ، سواء ما سبقته أو ما تلته من أعمال :

(أ) أثره على الاعمال السابقة : القاعدة أن أعمال الخصومة السابقة على العمل الباطل لا تتأثر بهذا البطلان ، متى تمت فى ذاتها صحيحة (٣) . ولهذا اذا بطل عمل من أعمال التحقيق ، فانه لا يؤثر فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وبطلان اعلان الحكم لا يؤثر على صحة الحكم .

(ب) أثره على الاعمال اللاحقة : القاعدة فى هذا الشأن أن بطلان العمل الاجرائى يؤدى الى بطلان الاعمال اللاحقـة المرتبطـة به دون

---

(١) موريل : بند ٦٧٧ ص ٥٢١ . جابيو : بند ١١٥١ ص ٧٣٩ .
(٢) كيوفندا : مبادىء ص ٧٥١ .
(٣) موريل : بند ٤٢١ ص ٣٣١ .

الاعمال المستقلة عنه (١) . والمقصود بالارتباط الارتباط القانونى الذى يجعل العمل السابق مفترضا قانونيا لصحة العمل اللاحق . وتطبيقا لهذا فان بطلان صحيفة افتتاح الخصومة يؤدى الى بطلان غالبية الأعمال فى الخصومة (٢) . فاذا قضت المحكمة ببطلان هذه الصحيفة ، ترتب على ذلك بطلان الحكم الصادر فى الموضوع (٣) . على أن بطلان هذه الصحيفة لا يؤدى الى بطلان الحكم الصادر ببطلانها ، ذلك أن صحة الصحيفة ليست مفترضا قانونيا لصحته (٤) . ومن ناحية أخرى . فان الحكم ببطلان شهادة شاهد لا يؤدى الى بطلان تقرير خبير لاحق ولو تعلق بنفس الواقعة .

المبحث الثانى
نظرية السقوط

٢٥٦ — تعريف : اذا خول القانون الخصم حقا اجرائيا معينا ، وأوجب عليه أن يقوم بالعمل الذى يستند الى هذا الحق خلال مهلة معينة أو فى ترتيب معين بالنسبة للأعمال أو وقائع الخصومة الاخرى ، ولم يلتزم الخصم بهذا القيد الزمنى ، لم يعد من حق الخصم القيام بهذا العمل . ويقال ان هذا الحق قد سقط .

ومن هذا يتضح ما يلى :

(أ) ان السقوط جزاء لحق اجرائى : ولهذا لا يوجد سقوط اذا تعلق الأمر بالحق فى الدعوى . فاذا رفع الدائن دعوى بعد انقضائها بمضى المدة ، فانه يمكن الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم وهو مختلف عن السقوط اذ لكل منهما أحكامه المختلفة . ومن ناحية أخرى ، اذا كان القيام بالعمل الاجرائى لا يستند الى حق بالمعنى الصحيح وانما الى سلطة أو واجب أو عبء ، فلا يمكن أن يتحقق سقوط . ولهذا لا يتصور

---

(١) بالتفصيل : نظرية البطلان — بند ٣٨٢ ص ٦٧٥ وما بعدهما .
(٢) موريل : بند ٤١٢ ص ٣٣١ .
(٣) استئناف مختلط ١٣ مايو ١٩٣١ . بينان : ٤٣ ص ٣٨٩ .
(٤) أنظر : ليبمان : جزء اول بند ١٢ ص ٢١٨ — ٢٢٠ .

السقوط بالنسبة لاعمال القاضى . فاذا حدد القانون ميعادا لقيام القاضى بعمله ، فليس لاحد الخصوم أن يدعى سقوط حق القاضى فى القيام بالعمل بعد انقضاء الميعاد (١) . ونفس الامر بالنسبة لاعمال قلم الكتاب (٢) . ولنفس العلة لا يمكن أن يتحقق السقوط ولو تعلق الامر بأعمال الخصوم اذا كان الخصم مكلفا بالقيام بعمل خلال ميعاد معين ، كما اذا كان على الخصم تقديم مستند خلال هذا الميعاد (٣) .

(ب) ان السقوط ليس فقط جزاء لانقضاء الميعاد الذى يجب القيام بالعمل خلاله ، أو قبل بدئه (٤) ، بل أنه يتحقق أيضا جزاء لعدم القيام بالعمل الاجرائى فى الترتيب الذى ينص عليه القانون ولو لم يرتبط بميعاد معين(٥) . ومثاله الكلام فى موضوع القضية ، اذ يسقط الحق فى ابداء الدفع المتعلق بالاجراءات . على أنه يلاحظ أن السقوط انما يحدث لتحقق واقعة لا حقة قبل القيام بالعمل . أما القيام بالعمل قبل ترتيبه فلا يترتب عليه سقوط الحق فى القيام به (٦) .

(جـ) ان السقوط يتحقق بصرف النظر عن القيام بالعمل الاجرائى . فاذا حدد القانون للقيام بالعمل ميعادا أو ترتيبا معينا ، وانقضى هذا الميعاد أو الظرف الزمنى المعين دون القيام بالعمل ، سقط الحق فى القيام به . فاذا قام الخصم بالعمل بعد ذلك ، تحقق جزاءان : جزاء السقوط الذى يتحقق قبل القيام بالعمل ، وجزاء البطلان الذى يتحقق بالقيام بالعمل فى

---

(١) Rocco (Alfredo) : L'Interpretazione delle leggi processuali, Studi di dir. comm. v, I — Roma 1939, P. 144-145; Delogu (Tullio) : Contributo alla teoria della inammisibilita nel diritto processuale penale, Milano 1938, No. 89 P. 104.

(٢) فهذه تتعلق بقواعد لحسن قيام المحكمة بعملها — ديلوجو : الاشارة السابقة .

(٣) روكو : الاشارة السابقة ص ١٤٥ .

(٤) لا يترتب السقوط جزاء للميعاد الكامل ، اذ يمكن القيام بالعمل بعد انقضائه . (وجدى راغب : مبادىء ص ٩٦) .

(٥) جابيو : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣١ ص ٤٦٣ .

(٦) وجدى راغب — الاشارة السابقة .

غير الظرف الزمنى الذى نص عليه القانون (١) • والبطلان هنا يعتبر من ناحية بطلانا لعيب فى الشكل اذ يعتبر الزمن — كما قدمنا — مقتضيا شكليا للعمل الاجرائى ، كما يعتبر — من ناحية أخرى — بطلانا لعيب موضوعى ، اذ العمل يتم ممن لا سلطة له فى القيام بالعمل (٢) •

٢٥٧ — حالات السقوط : لا يترتب السقوط جزاء للميعاد الذى يحدده القاضى للخصم للقيام بعمل معين • وانما يكون الجزاء فى هذه الحالة — وفقا للمادة ٩٩ مرافعات — هو الحكم على الخصم بغرامة من جنيه الى عشرة جنيهات ، أو بوقف الخصومة لمدة لا تتجاوز ستة أشهر • ولكن هل يترتب السقوط حتما جزاء لمخالفة الترتيب القانونى أو الميعاد القانونى ؟ لم يضع المشرع قواعد فى هذا الشأن ، ولهذا فان المسألة تركت للاجتهاد • وهذا الاجتهاد تناول أمرين :

١ — هل حالات السقوط التى نص عليها القانون حالات اجبارية يجب الحكم بها دائما ؟ نرى أنه حيث ينص القانون على السقوط (٣) فانه يجب الحكم به (٤) بصرف النظر عن تحقق الغاية من الميعاد أو الترتيب الزمنى أو عدم تحققه ، ذلك أن هذه الغاية يقدرها المشرع ويربطها — تحكميا — بميعاد معين • فعدم احترام الميعاد يؤدى حتما الى تخلف هذه الغاية كما أرادها المشرع •

٢ — هل يوجد سقوط فى غير الحالات التى ينص عليها القانون ؟ من المتفق عليه أنه يوجد سقوط بغير نص (٥) • ولكن المشكلة هى متى

---

(١) أنظر : جابيو — المرافعات بند ٥٣ ص ٤٢ •

(٢) Sallé : rev. trim, civ, 1933 No. 15 P. 1064.

(٣) ويعتبر نصا على السقوط النص على أن العمل يعتبر غير مقبول أو كأن لم يكن أو النص على عدم جواز القيام به •

(٤) وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا (قانون القضاء المدنى — للمؤلف — جزء أول ص ٨٢٧) •

(٥) فورنو : رسالة مشار اليها بند٢٢١ ص٣٠٢ • جابيو : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣١ ص ٦٦٢ • جارسونيه : جزء ثان بند ٦٤ ص ١٦٥ • أبو هيف : المرافعات جزء ثان بند ٧٠٦ ص ١٥٤

يحكم بالسقوط رغم عدم النص عليه ؟ كانت هذه المسألة ولا زالت محل خلاف فى الفقه الفرنسى ، ولم يصل فيها الى رأى واضح (١) وفى تقديرنا أن السقوط — ولو لم ينص عليه القانون — هو الجزاء الحتمى كلما ربط القانون حقا اجرائيا بميعاد أو ترتيب زمنى معين (٢) . وذلك دون نظر لما اذا كان الميعاد جوهريا أو غير جوهرى ، متعلقا بالنظام ام غير متعلق به ، ودون نظر الى الغاية من الميعاد وهل يرمى الميعاد الى التعجيل بسير الخصومة أو الى استقرار الاحكام أو الى غير ذلك من الغايات ، أو نظر الى تحقق الغاية أو عدم تحققها . فالفرض — كما قدمنا — أن الغاية تتخلف بعدم احترام الميعاد أو الترتيب الزمنى . وينحصر البحث فقط فيما اذا كان الامر يتعلق بحق اجرائى لاحد الخصوم أم لا . فان تعلق بحق اجرائى لخصم ، فان هذا الحق يسقط اذا لم يستعمل فى الميعاد أو فى الترتيب الزمنى الذى نص عليه القانون لاستعماله . أما اذا لم يتعلق بحق اجرائى لاحد الخصوم ، فلا يترتب السقوط جزاء له . ولا يرد على هذه القاعدة أى استثناء الا حيث ينص القانون على جزاء معين غير السقوط ، فعندئذ يكون المشرع قد أوضح ارادته فى عدم سقوط الحق كجزاء فى هذه الحالة (٣) ، أو اذا تعلق الامر بميعاد تنظيمى لا يرمى به المشرع الى استقرار المراكز الاجرائية ولكن الى مجرد حث الاطراف وأعوانهم على عدم البطء فى الاجراءات (٤) .

٢٥٨ — **أحكام السقوط** : قد يتعلق الميعاد — كما قدمنا — بالمصلحة الخاصة وقد يتعلق بالنظام العام (٥) . ونتيجة لوصف ميعاد بهذا الوصف يوصف أيضا السقوط المترتب جزاء له ، ويخضع لاحكام مختلفة باختلاف وصفه . فاذا تعلق الميعاد بالنظام العام ، كان للمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها . وترتب على تجاوز الميعاد بطلان العمل الذى تم بعد هذا

---

(١) بيكيه : دروس ص ٧٢ .

(٢) انظر رمزى سيف : بند ٣٩٣ ص ٥٠٦ — ٥٠٧ .

(٣) جابيو : المرافعات بند ٤٢ ص ٣٤ .

(٤) وجدى راغب — مبادىء ص ٩٨ — ٩٩ .

(٥) ما سبق بند ٢٥٠ .

التجاوز بطلانا متعلقا بالنظام العام . وليس للخصم الاخر النزول عن هذا السقوط أو البطلان . ويمكن التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى (١) . وعلى العكس ، اذا تعلق الميعاد بالمصلحة الخاصة ، فان السقوط المترتب على تجاوزه يأخذ هذا الوصف . فليس لغير من تقرر الميعاد لمصلحته التمسك بهذا السقوط . وله أن ينزل عن التمسك به . تماما كما قدمنا بالنسبة لاحكام البطلان .

ومن المقرر أن مواعيد السقوط تقف عند انقطاع الخصومة (بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين — ١٣٢ مرافعات) . وفيما عدا حالة الانقطاع هذه ، لا يقف ميعاد السقوط الا اذا تحققت قوة قاهرة أو حادث مفاجىء (٢) ، ذلك أنه اذا حدثت واقعة لا ارادة للخصم فيها . وفوق هذه الارادة ، منعته من القيام بالعمل فى الميعاد فليس من العدالة الحكم بالسقوط (٣) .

واذا تحقق السقوط ، فلا يجوز القيام بالعمل بعد ذلك باجراءات جديدة كما لا يجوز تصحيحه بالتكملة (٤) .

---

(١) نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٣٦ — المحاماة ١٧ — ١٨٣ — ٨٦ .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٣٨٤ ص ٢٨٤ .

(٣) كارنيلوتى : نظم جزء أول بند ٣٦٤ ص ٣٦٤ . نقض مدنى ٦ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٤٧ ق . (ليس من العدالة ان يقضى بالسقوط اذا حدثت واقعة عامة لا ارادة للخصم فيها ولا قبل له بدفعها منعته من طلب السير فى الدعوى . وقد التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر حين خلص بأسباب سائغة الى أن السفر الى الخارج للعلاج من مرض لا يفقد المريض به أهليته للتقاضى ولا يصيبه بالعجز عن تصريف شئونه أو التعبير عن ارادته فى تكليف من ينوب عنه فى طلب السير فى الدعوى لا يعد من قبيل القوة القاهرة التى توقف ميعادا حتميا يترتب على مخالفته السقوط) .

(٤) دى بيفيل : رسالة مشار اليها — ص ٢٨ .

الباب الثالث

اجراءات الخصومة

مقدمة : بعض المبادىء الاساسية

٢٥٩ ــ ١ ــ مبدأ الطلب : لا يباشر القضاء وظيفته الا بناء على طلب • فلو علم القاضى بوجود نزاع بين شخصين ، فانه لا يستطيع نظره دون طلب من أحدهما (١) • فالقاضى لا يعمل من تلقاء نفسه • ويعتبر هذا المبدأ تطبيقا لمبدأ حياد القاضى ، اذ لو بدأ القاضى الخصومة دون طلب لأصبح مدعيا وقاضيا فى نفس الوقت (٢) • ويبرره أن الحماية القضائية انما تمنح لمن يحتاج الى هذه الحماية • وليس أقدر من هذا الشخص على تقدير حاجته • وهو يفصح عنها بواسطة الطلب (٣) • ويسرى هذا المبدأ ليس فقط بالنسبة لبدء الخصومة أو لبدء مرحلة منها كمرحلة الطعن ، بل أيضا لاستمرارها • ولهذا فانه اذا نزل المدعى عن طلبه ، امتنع على القاضى نظر القضية • كما يسرى بالنسبة لاصدار الحكم ، ولهذا ليس للقاضى أن يتجاوز ــ فى حكمه ــ حدود الطلب ، أو أن يحكم بغير ما طلبه الخصوم (٤) ، أو أن يصدر فى حكمه عن سبب غير سبب الطلب اذ يعتبر حكما بغير طلب • كما أنه ليس له أن يحكم لمصلحة أو ضد شخص ليس طرفا فى الطلب (٥) • ويستثنى من هذا المبدأ حالات محددة للقاضى أن يحكم فيها من تلقاء نفسه • وهى حالات لا تتعلق فى الغالب ببدء خصومة وانما تعرض أثناء سيرها •

---

(١) كارنيلوتى : نظم ــ جزء أول بند بند ٢٢٢ ص ٢٠٥ •

(٢) وجدى راغب : رسالة ص ٤٤٩ ــ ٤٥٠ وانظر أساس مبدأ الطلب بالتفصيل فى : نورمان : القاضى والنزاع بند ٤٦ ص ٤٤ وما بعدهما وخاصة ص ٥١ بند ٥٢ •

(٣) ليبمان : جزء أول بند ١٢٥ ص ٢٢٨ •

(٤) كيوفندا : نظم ــ جزء ثان بند ٢٥٩ ص ٣٠٥ •

(٥) كيوفندا : نظم ــ جزء ثان بند ٢٦٠ ص ٣٠٦ •

٢٦٠ ـ ٢ ـ **مبدا المواجهة** : يجب أن تنظم الخصومة على أساس المواجهة بين الخصوم . فتطبيق القاضى للقانون بواسطة الخصومة لايكون الا فى مواجهة الطرفين وبالنظر الى مركز هذين الطرفين . وعلة هذا أن الحماية القضائية انما تمنح بالنظر الى حق فى الدعوى ، وهذا الحق ـ بتعريفه ـ رابطة بين طرفين (١) . ويتفرع على هذا المبدأ النتائج التالية :

(أ) ليس للقاضى أن يحكم دون سماع جميع الأطـراف اذ بغـير سماعهم لا يمكنه معرفة الحقيقة (٢) . على أنه يكفى لتحقيق هذه القاعدة تمكين الخصوم من ابداء دفاعهم . ولهذا يكفى اخبار المـدعى عليـه بالطلبات المقدمة ضده . ويكون المبـدأ قد احتـرم سـواء حضر أو لم يحضر . وسواء حضر ولم يبد دفاعا أو حضر وأبدى دفاعه . وسواء كان دفاعه فعالا أو بغير فاعلية (٣) . ويجب احترام هذا الحق للخصوم سواء أمام محكمة أول درجة أو فى خصومة الطعن . ولا يرد عليه أى استثناء . واذا وجدت حالات يقرر فيها القاضى دون سماع الطـرف الآخـر ، كما فى أوامر الاداء ، فان القانون يحرص فى هذه الحالات على تمكين الخصم من الاعتراض قبل أن يضر القرار الصادر بمصالحه (٤) . ولا يكفى احترام هذا الحق للخصوم من الناحية الشكلية ، بل يجب احترامه فى جوهره بأن يمكن الخصم بالفعل من عرض دفاعه بالكامل . وكل حكم يخل بمبدأ المواجهة يعتبر حكما باطلا (٥) . وكل نص تشريعى مخالف يجب اعتباره غير دستورى (٦) .

---

(١) ساتا : المرافعات بند ٧٨ ص ١١١ وقد تضـمن القانون المصرى تطبيقات مختلفة تفترض هذا المبدأ (انظر المادة ٨٣ مرافعات) .

(٢) موريل : بند ٤٢٦ ص ٣٤٦ .

(٣) ليبمان : جزء أول بند ١٢٦ ص ٢٩٩ . كارنيلوتى : نظم ـ جزء أول بند ١٠٧ ص ١٠٥ .

(٤) ليبمان : الاشارة السابقة . ساتا : بند ٧٨ ص ١١٢ .

(٥) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٨ ـ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ ـ عدد ٣ ـ ص ٢١٧ .

(٦) ليبمان : الاشارة السابقة .

(ب) من حق كل خصم أن يبلغ بالاوراق التى يقدمها الخصم الآخر للمحكمة . فليس للمحكمة أن تستند الى ما يقدم اليها من خصم دون اطلاع الخصم الآخر عليه وتمكينه من ابداء ملاحظاته بشأنه (١) .

(جـ) يعتمد القاضى على الأطراف فى تقديم أدلة الاثبات . فليس للقاضى أن يقضى بعلمه (٢) .

٢٦١ ــ تقسيم : نظم المشرع فى الكتاب الاول من مجموعة المرافعات (المواد ٦٣ وما بعدها) نموذجا واحدا للخصومة العادية . ونقصد بالخصومة العادية تلك التى تتعلق بدعوى موضوعية وترمى الى صدور حكم ــ بعد تكليف المدعى عليه بالحضور أمام القضاء ــ فى هذه الدعوى وهذه الخصومة تنقسم الى مرحلتين متميزتين : مرحلة أول درجة ، ومرحلة الطعن . والى جانب هذه الخصومة العادية ينظم المشرع خصومات خاصة وفقا لاجراءات مميزة . ومن المقرر أن هذه الخصومات الخاصة تخضع للقواعد العادية فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، وذلك مالم تتعارض القواعد العادية مع طبيعة الخصومة . ونبدأ أولا بدراسة الخصومة العادية أمام محكمة أول درجة ، ثم ندرس خصومة الطعن ، ونخصص الفصل الاخير لدراسة بعض الخصومات والاجراءات الخاصة .

---

(١) موريل : بند ٤٢٦ ص ١٣٤٧ ولهذا اذا قدم خصم مذكرة لم يطلع عليها خصمه ولكن تبين أنها لم تتضمن دفاعا جديدا ، ولم يعول عليها الحكم ولم يشر الى المستندات المرفقة بها ، فان قبول المذكرة والمستندات لا يخل بالحق فى الدفاع (نقض ايجارات ١٩٨٢/١/١٤ فى الطعن ٧٥٠ لسنة ٤٧ ق .) .

(٢) ساتا : بند ٧٨ ص ١١٠ ــ ١١١ .

الفصل الأول

الخصومة العادية أمام محاكم الدرجة الاولى

المبحث الأول

بدء الخصومة وتحديد نطاق القضية

المطلب الاول : بدء الخصومة

٢٦٢ ـ المطالبة القضائية la demande en justice : تبدأ الخصومة بالمطالبة القضائية . وهى عمل اجرائى موجه من المدعى أو ممثله الى المحكمة يقرر فيه وجود حق أو مركز قانونى معين اعتدى عليه ويعلن رغبته فى حمايته باحدى صور الحماية القضائية فى مواجهة المدعى عليه (١) . ويلاحظ أن المطالبة القضائية ليست استعمالا للحق فى الدعوى اذ هى ترمى الى اعمال هذا الحق ، وانما تعتبر استعمالا لحق آخر هو حق الالتجاء الى القضاء . ولهذا فان المطالبة القضائية تكون صحيحة اذا توافرت فيها باعتبارها عملا اجرائيا المقتضيات الموضوعية والشكلية التى سبق بيانها بالنسبة للاعمال الاجرائية ، ولو لم تتوافر شروط الدعوى .

ولأن المطالبة القضائية عمل موجه الى المحكمة فى مواجهة المدعى عليه ، فيجب أن تتصل بعلم كل منهما . ومن الناحية النظرية يمكن تصور نظامين يحققان هذا الهدف (٢) :

١ ـ أن يحدث الاتصال أولا بين الطرفين بأن يعلن المدعى عليه بالطلب قبل أن يقدم الى المحكمة . فالمحكمة لا تتصل بالطلب الا باجراء لاحق على اعلان المدعى عليه . وهذا هو النظام الذى كان يأخذ بهالتشريع

---

(١) انظر تعريفات مختلفة فى : كيوفندا : نظم جزء أول بند ٣٣ ص ١٤١ . كوستا : المرافعات بند ١٩٥ ص ٢٣٨ . ميكيلى : جزء ثان بند ٩٢ ص ١٣ . موريل : بند ٣٨ ص ٤٣ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٢١٦ ص ١٩٢ ـ ١٩٣ .

(٢) أنظر : ديباش : الاجراءات ـ مشار اليه بند ١٣ ص ١٤ .

المصرى قبل مجموعة سنة ١٩٦٨ . ويسمى نظام رفع الدعوى بطريق التكليف بالحضور . وميزة هذا النظام هى أن تكليف المدعى عليه بالحضور قبل اتصال المحكمة بالطلب يتضمن تهديدا باجراء هذا الاتصال (الذى يتم بقيد الدعوى) مما قد يحمل المدعى عليه على التسليم للمدعى بحقه أو التصالح معه قبل القيد (١) .

٢ — أن يحدث الاتصال أولا بالمحكمة ، ثم بعد ذلك يعلن المدعى عليه بصحيفة الدعوى للحضور أمام المحكمة . ويسمى نظام رفع الدعوى بايداع الصحيفة . وميزة هذا النظام هى حفظ حق المدعى بمجرد ايداع الصحيفة بالمحكمة . فلا يتحمل تأخير المحضر فى اعلان الصحيفة للمدعى عليه مما قد يؤدى الى تقادم حقه دون خطأ منه . وهذا النظام الاخير هو الذى تأخذ به — كقاعدة عامة — المجموعة المصرية سنة ١٩٦٨ ، اذ وفقا للمادة ٦٣ منها ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة « ما لم ينص القانون على غير ذلك » . وهذه العبارة الاخيرة تشير الى حالات محددة ينص القانون فيها على رفع الدعوى بطريق التكليف بالحضور . وهو يفعل هذا بنصه أحيانا على رفع الدعوى « بتكليف بالحضور » (أنظر المادة ١١٩) أو بصحيفة تعلن للخصم (أنظر المادة ١٣٣) .

ويلاحظ أنه ولو أن المطالبة القضائية تتضمن — بطبيعتها — اجراءين أحدهما موجه للمحكمة والاخر موجه للخصم ، الا أن التشريعات المختلفة تعتد — فى تحديدها للحظة رفع الدعوى — بالاجراء الأول منهما . فحيث ترفع الدعوى بتكليف بالحضور يعقبه القيد ، تعتبر الدعوى مرفوعة بمجرد التكليف بالحضور . ويكون القيد اجراء لاحقا يرمى الى نظر الدعوى التى سبق رفعها . وحيث ترفع الدعوى بايداع الصحيفة ، تعتبر الدعوى مرفوعة بمجرد هذا الايداع . ويعتبر اعلان الخصم اجراء لاحقا يرمى الى اخباره بدعوى رفعت من قبل .

---

(١) أحمد مسلم : أصول المرافعات بند ٤٦٦ ص ٥٠٢ .

٢٦٣ — شكل المطالبة القضائية (الاجراء العادى لرفع الدعوى) :

ترفع الدعـوى ـ وفقا للمادة ٦٣ ـ بصحيفة تودع قلم كتـاب المحكمة . فرفع الدعوى يقتضى القيام بأمرين : تحرير صحيفة الدعوى ثم ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة .

(أ) صحيفة الدعوى : ويحررها المدعى أو من ينوب عنه من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب . ويجب أن تشتمل على بيانات معينة نصت عليها المادة ٦٣ تتعلق بـ :

أولا : تحديد عناصر الدعوى ، كالتالى :

١ ـ أشخاص الدعوى (المدعى) : يجب بيان اسمه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه الاصلى . فاذا لم تتوافر فيه الاهلية الاجرائية بأن كان ناقص الاهلية ، أو كان شخصا اعتباريا ، فيجب تحديد من يمثله فى الخصومة ببيان اسمه ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته التى تخوله هـذا التمثيل (١) ، مع بيـان موطنه . فاذا لـم يكن للمدعى ـ أو لممثله فى الخصومة ـ موطن أو كان موطنه خارج البلدة التى بها مقر المحكمة . فان الصحيفة يجب أن تتضمن بيان موطن مختار للمدعى ـ أو لممثله فى الخصومة ـ فى البلدة التى بها مقر المحكمة . والهدف من هذا البيان هو أن توجه اليه فى هذا الموطن الاجراءات المتعلقة بالخصومة . ولهـذا فان هذا البيان يجب أن يكون كافيا لاعلام ذوى الشأن بهذا الموطن اعلاما كافيا يمكنهم من معرفته والاهتداء اليه (٢) .

---

(١) انظر : كيوفندا ـ نظم ـ جزء ثان ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤ . اندريولى : تعليق ـ جزء ثان ص ٦ . كوستا : بند ١٩٨ ص ١٤٤ ونفس الامر اذا كان للمدعى أهلية اجرائية ، ولكن رفع الدعوى وكيل عنه . فاذا توافرت لديه الاهلية الاجرائية ، ولم يكن له وكيل ، فان هذا البيان غير لازم . وهـو غير لازم ولو كان المدعى له وكيل فى الخصومة . فالمقصود بهـذا البيان ليس ما يتعلق بالوكيل فى الخصومة (المحامى) انما من له صفة فى تمثيل المدعى قانونا .

(٢) فاذا كان البيان ناقصا لا يمكن التعرف معه على الموطن ، فانه يستوى فى أثره القانونى مع اغفال البيان (نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ ـ مجلة ادارة القضايا ١٩٧٧ ـ عدد ٤ ـ ص ١٧٢ ـ ١٠) .

٢ ـ أشخاص الدعوى (المدعى عليه) : يجب بيان اسمه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه الاصلي • فاذا كان ناقص الاهلية أو شخصا اعتباريا ، فيجب تحديد من يمثله فى الخصومة وصفته التى تخوله هذا التمثيل مع ذكر موطنه (١) • فان لم يكن موطن المدعى عليه (أو ممثله) معلوما ، وكان المدعى يعلم موطنا سابقا له فعليه بيانه •

٣ ـ محل الدعوى : وذلك بعناصره الثلاثة السابق بيانها وهى تحديد القرار الذى يطلبه المدعى ، والحق أو المركز القانونى الذى تهدف الدعوى الى حمايته بهذا القرار ، ومحل هذا الحق أو المركز القانونى •

٤ ـ سبب الدعوى : أى العناصر أو الظروف الواقعية أساس الدعوى •

وقد عبرت المادة ٦٣ عن محل الدعوى وسببها بعبارة « وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها » • ويلاحظ أن بيان كل من محل الدعوى وسببها يجب أن يكون محددا وكافيا • فمجرد ذكر وقائع أو طلبات أو أسانيد عامة غير محددة لا يكفى لتحقيق هدف المشرع • كما يلاحظ أن المشرع فى المادة ٦٣ ـ على خلاف المادة ٧١ من مجموعة سنة ١٩٤٩ ـ لم يتطلب بيان الادلة التى يستند اليها المدعى لاثبات وقائع الدعوى (٢) •

ثانيا : تحديد المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى : وذلك حتى يعلم المدعى عليه ـ عندما يعلن بصحيفة الدعوى ـ بالمحكمة التى يجب عليه الحضور أمامها • ولا يكفى ذكر « المحكمة المختصة بالدعوى » دون تحديد هذه المحكمة (٣) ، فقد تكون الدعوى من اختصاص أكثر من

---

(١) لم تتطلب المادة ٦٣ بيان ما يتعلق بممثل المدعى عليه ، كما فعلت بالنسبة لممثل المدعى (قارن الفقرتين ١ ، ٢ من المادة) ومع ذلك يجب القول بضرورة هذا البيان ، ذلك انه اذا كان المدعى عليه ناقص الاهلية او كان شخصا اعتباريا فيجب توجيه الدعوى الى من يمثله قانونا .

(٢) فوفقا للمادة ٢/٧١ من مجموعة سنة ١٩٤٩ يجب أن يبين فى الصحيفة « وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعى واسانيدها » أما المادة ٦/٦٣ من مجموعة ١٩٦٨ فقد اسقطت عبارة « وادلتها » .

(٣) دونوفريو : جزء اول ص ٣٠٦ . فنسان : بند ٤٣٨ ص ٤٣٧ .

محكمة فلا يعـرف المدعى عليه أمام أية محكمة يجب عليه الحضور ، فضلا عن أن المشرع أراد أن يلقى على عاتق المدعى مسئولية التحديد الدقيق للمحكمة التى يطلب منها الفصل فى الدعوى . على أنه يلاحظ أنه لا يلزم أن تشتمل الصحيفة على بيان الدائرة التى ستنظر الدعوى ، فالمادة ٦٣ تتطلب بيان المحكمة ، وليس الدائرة (١) . هذا ولو كانت الدائرة متخصصة فى نوع معين من الدعاوى .

ثالثا : تاريخ تقديم الصحيفة لقلم الكتاب : أى تاريخ ايداعها فيه . والمقصود تحديد اليوم والشهر والسنة والساعة بدقة . ذلك أن الدعوى تعتبر مرفوعة من هذا الايداع . ومن الطبيعى أن هذا التاريخ لا يثبت فى الصحيفة وصورها الا عندما تقدم لقلم الكتاب .

رابعا : توقيع محام : حيث يوجب القانون هذا التوقيع لصحة رفع الدعـوى (٢) .

(ب) ايداع الصحيفة : يقـوم المدعى أو من ينوب عنـه بايـداع الصحيفة وصورها السابق بيانها قلم كتاب المحكمة . وعليه عند هـذا الايداع :

١ ــ أن يؤدى الرسم المقرر على الدعوى كاملا ، أو أن يقدم ما يفيد أدائه هذا الرسم .

٢ ــ أن يرفق بالصحيفة المستندات المؤيدة للدعوى ومذكرة شارحة لهذه الدعوى (٣) (١/٦٥) . فاذا تحقق قلم الكتـاب من أداء الرسـم

(١) نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ١٤٠ ــ ٢١٩ .

(٢) وقد حكم بأنه يكفى لتحقيق الفرض الذى قصد اليه المشرع من توقيع محام توقيعه على أصل الصحيفة او على صورتها المقدمة لقلم الكتاب فالتوقيع على الأصل أو على الصورة يكفى (نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٧٩ ــ فى الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ٤٨ ق . و ٢ مايو ١٩٧٣ ــ المحاماة ٥٨ ــ ٤٨ ــ ٣٣) .

(٣) والزام المدعى بايداع المستندات المؤيدة لدعواه عند ايداع الصحيفة لا يتفق مع مسلك المشرع بالنسبة لبيانات صحيفة الدعوى اذ لم يستوجب بيان ادلة الدعوى فى الصحيفة . وعلى كل فان المادة ٩٧ تجيز تقديم مستندات من المدعى فى أول جلسة للمرافعة ، كما أن العمل يجرى على عدم احترام حكم المادة ٦٥ بشأن المستندات .

بالكامل ، فان عليه ـ فى حضور المدعى أو من يمثله ـ اثبات تاريخ الجلسة التى يحددها لنظر الدعوى وذلك فى أصل صحيفة الدعوى وصورها . كما يقوم بقيد صحيفة الدعوى فى السجل الخاص بالدعاوى فى المحكمة . وعلى قلم الكتاب أن يقوم باثبات تاريخ الجلسة ويقيد الصحيفة فى نفس يوم تقديمها اليه (٦٧/١) .

٢٦٤ ـ **بطلان رفع الدعوى** : يعتبر رفع الدعوى عملا اجرائيا يخضع للقواعد التى سبق بيانها بالنسبة لبطلان الاعمال الاجرائية بصفة عامة . ويلاحظ أن مخالفة طريقة رفع الدعوى التى ينص عليها القانون يؤدى الى بطلان العمل . وهو بطلان يتعلق بالنظام العام لتعلقه بأسس التقاضى(١) . كما يلاحظ أنه بالنسبة للبطلان لعيب شكلى ، لم تنص المادة ٦٣ على البطلان صراحة جزاء لتخلف أى بيان من بيانات الصحيفة . ولهذا فان العمل لا يكون باطلا الا اذا أثبت المتمسك بالبطلان أن الغاية من بيان معين لم تتحقق بسبب ما شابه من نقص أو عيب . ولا يستثنى من جزاء البطلان الا بيان موطن مختار فى البلدة التى بها مقر المحكمة (٦٣/٦) ، اذ رتب القانون جزاء خاصا على تخلفه أو تعيبه هو صحة اعلان المدعى عليه (أو ممثله) بالاوراق المتعلقة بالدعوى فى قلم كتاب المحكمة (مادة ١٢) .

ويجب اعمال القواعد المتعلقة بمرونة الشكل . قبل القول بوجود نقص أو عيب فى بيان ما . كما يلاحظ ما سبق بيانه من أن عدم أداء الرسم لا يترتب عليه بطلان وانما تستبعد المحكمة القضية من جدول الجلسة (مادة ١٣ من ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤) . ولهذا فانه اذا قبل قلم الكتاب ـ خطأ ـ الصحيفة دون اقتضاء الرسم المقرر أو دون اقتضائه بالكامل ، فان رفع الدعوى يعتبر صحيحا غير مشوب بالبطلان (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٧٠ ـ مجلة ادارة القضايا سنة ١٥ ص ٥٢١ رقم ٦٨ .

(٢) ميكيلى : جزء ثان بند ٩٦ ص ٢٦ . نقض ـ الدائرة العمالية ـ ٢٢ مايو ١٩٧٧ ـ فى الطعن رقم ٨٠٨ لسنة ٤٣ ق . (القضاء ببطلان الحكم الابتدائى لعدم دفع الرسم المستحق على الدعوى يكون مخالفا للقانون) .

وقد حكم بأن عدم قيام قلم الكتاب بقيد صحيفة الدعوى فى نفس يوم تقديمها اليه لا يؤدى الى البطلان (١) .

٢٦٥ — **آثار المطالبة القضائية** : يترتب على مجرد رفع الدعوى ، أى ايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة ، عدة آثار يمكن تقسيمها الى مجموعتين : الأولى آثار اجرائية تتعلق بالخصومة وتنبع مباشرة من الطلب سواء كان المدعى محقا فى دعواه أم لا ، والثانية اثار موضوعية تتعلق بالرابطة الموضوعية محل النزاع أو بروابط مستمدة منها . وهذه الاثار تترتب على المطالبة القضائية اذا كان المدعى محقا فى دعواه ، ولهذا فهى آثار لا تتأكد الا فى لحظة الحكم (٢) .

اولا : الآثار الاجرائية : يترتب على المطالبة القضائية (٣) :

١ — بدء الخصومة . ونتيجة لهذا اذا رفعت نفس الدعوى أمام محكمة أخرى ، جاز الدفع بالاحالة لسبق رفع الدعوى .

٢ — يصبح الحق المطالب به منازعا فيه (٤) . ونتيجة لهذا لا يجوز للقضاة ولا لاعضاء النيابة أو المحامين وكتبة المحاكم والمحضرين الذين تقوم المطالبة أمام المحكمة التى يعملون بدائرتها شراء هذا الحق (٤٧١ مدنى) .

٣ — يتحدد الوقت الذى ينظر فيه الى ولاية واختصاص المحكمة بالدعوى . ولا يؤدى أى تغيير لا حق سواء فى قيمة الشىء المطالب به أو فى محل اقامة المدعى عليه أو فى جنسية الخصوم أو فى أية واقعة اخرى مؤثرة فى تحديد الاختصاص الى جعل المحكمة غير مختصة .

٤ — تحديد نطاق القضية كمحل للخصومة . وهو ما يتضمن تحديد سلطات كل من القاضى والخصوم .

---

(١) نقض مدنى ٥ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٩٨٩ — ١٦٣
(٢) زانزوكى : جزء ثان بند ٢٠ ص ١٨ .
(٣) كوستا : بند ٢٠٥ ص ٢٥١ . موريل : بند ٥٢ ص ٤٥ . ميكيلى : جزء اول بند ٩٥ ص ٢١ .
(٤) فنسان : بند ٣٣ ص ٥٨ والرأى الثابت فى المتن هو الذى اخذ به المشرع المصرى صراحة (مادة ٤٦٩ / ٢ مدنى) .

٥ — تنشأ الخصومة بين أطراف معينين (١) • ولهذا فانه اذا توفى أحد أطراف الخصومة بعد بدئها فان الخصومة لا تنقضى بل تستمر فى مواجهة الورثة ، ولو تعلق الأمر بدعوى لا تقبل الانتقال الى الورثة • ذلك أن الورثة يستمدون صفتهم من مورثهم الذى تحددت صفته كطرف فى الخصومة عند بدئها • ولا يستثنى من هذه القاعدة الا حالة ما اذا كانت الدعوى بطبيعتها ذات صفة شخصية بحيث لا يتصور صدور حكم فيها بعد وفاة الخصم كدعوى الطاعة •

ثانيا : الآثار الموضوعية (٢) : لأن الخصومة تقتضى نفقات كما تتطلب لتحقيق الهدف منها بعض الوقت ، فقد حرص القانون على أن يحصل صاحب الحق على حقه بواسطة الخصومة دون أن تقع تبعة أيهما على عاتقه • فصاحب الحق فى الدعوى يجب ألا يضار من التجائه الى القضاء اذ لا سبيل أمامه — بعد أن تقرر عدم اقتضاء الشخص حقه بنفسه — الا هذه الوسيلة • واعمالا لهذا :

(أ) من يكسب القضية يحكم له بالمصاريف التى تحملها • وسنبحث موضوع مصاريف الخصومة فيما بعد •

(ب) الوقت الذى ينقضى فى نظر الطلب يجب ألا يضر بالمدعى • ولهذا فان الحكم الذى يقبل هذا الطلب يجب أن يطبق القانون كما لو كان هذا التطبيق يتم فى لحظة تقديم الطلب • وتترتب على هذا المبدأ آثار هامة كان الفقه التقليدى يعتبرها آثارا للحكم ويفسرها حينا بأن « للحكم أثرا رجعيا » فاثار الحكم ترجع الى وقت المطالبة القضائية • وحينا آخر بأن « للحكم أثرا مقررا » فهو لا ينشىء حقا جديدا • وكل من التفسيرين خاطىء ، فمن ناحية ، ليس للحكم أثر رجعى الا فى حالات استثنائية • ومن ناحية أخرى ، فان القول بأن للحكم أثرا مقررا يعنى أنه لا ينشىء حقا جديدا ، وانما يقرر حقا موجودا فلا علاقة لهذا بالآثار محل المناقشة • والواقع أن هذه الآثار ليست آثارا للحكم ، وانما هى آثار للمطالبة القضائية • وهى آثار تترتب نتيجة لأن المطالبة تحفظ حق المدعى كما هو

(١) زانزوكى : جزء ثان بند ٢١ ص ١٨ .

(٢) كيوفندا : نظم — جزء اول بند ٣٤ ص ١٤٢ . كوستا : بند ٢١ ص ٢٤ . ميكيلى : الاشارة السابقة . زانزوكى : جزء ثان ص ٢١ وما بعدها

عند رفع الدعوى الى القضاء ، وذلك حتى لا يضار من تأخر المحكمة فى نظـر دعواه (١) • وأهم هذه الآثار هى :

١ ــ اذا كان الشىء محل النزاع ينتج ثمارا فان حائزه الذى يحكم عليه برده للمدعى يجب عليه ــ بصرف النظـر عن حسن نيته ــ أن يعيد الى المدعى ثمار ما يحوزه ابتداء من وقت رفع الدعوى • ولا يرجع هذا ــ كما يقال عادة ــ الى أن المطالبة التى تعلن للحائز تجعل الحائز سىء النية • فهذا القول لا يطابق الحقيقة ، لأن الحائز ــ ولو بعد اعلان الدعوى اليه ــ قد يكون حسن النية يعتقد أنه صاحب حق (٢) • وانما يرجع هذا الاثر الى أن المدعى يجب أن يعامل كما لو كان قد تسلم الشىء الذى يطالب به يوم رفع الدعوى • ولهذا فان من حقه ثمار هذا الشىء من هذا الوقت • ونتيجة لما تقدم فان هذا الأثر يترتب ــ فى القانون المصرى ــ على العمل الذى يتم به رفع الدعوى وهو ايداع الصحيفة ، وليس منذ اعلان الصحيفة للمدعى عليه •

٢ ــ اذا كان محل الالتزام المطالب به مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت رفع الدعوى التزم المدعى عليه بدفع فوائده القانونية ، اذا طولب بها ، منذ هذا الوقت (٢٢٦ مدنى) • وذلك اعتبارا بأن المدعى من حقه أن يقبض دينه ، ويستفيد به منذ رفع الدعوى •

٣ ــ مرور الزمن منذ رفع الدعوى حتى صدور الحكم لا يؤدى الى انقضاء حق المدعى (٣) • ويترتب هذا الاثر ولو رفعت الدعوى الى

---

(١) موريل : بند ٤٢ ص ٤٦ . زانزوكى : جزء ثان بند ٢٢ ص ١٩ .

(٢) ولهذا فان الحائز اذا كسب القضية امام محكمة أول درجة وخسرها فى الاستئناف فانه يلتزم بالثمار منذ المطالبة أمام اول درجة رغم ان كسبه القضية امام هذه الدرجة يؤكد حسن نيته .

(٣) ويشترط لترتيب هذا الاثر .

(أ) أن يكون رفع الدعوى صحيحا . فاذا كان باطلا فلا يرتب هذا الاثر . (نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٠١٧ ــ ١٩٤) .

(ب) أن توجه الدعوى الى الخصم أو من له صفة فى تمثيله ، فصحيفة الدعوى الموجهة الى من ليس له صفة فى تمثيل الخصم لا تقطع التقادم). (نقض تجارى ٢١ ديسمبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ ق).

(ج) أن ترفع الدعوى أمام القضاء سواء أمام محكمة قضائية بالمعنى

محكمة غير مختصة (١) • ويعبر المشرع (٣٨٣ مدنى) عن هذا الأثر بأن التقادم « ينقطع » بالمطالبة • ولكن يعيب هذا التكييف أن من المقرر أنه اذا انقطع التقادم ، فان مدة جـديدة — هى نفس المـدة التى انقطعت — تبدأ فى السريان « من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع » (٣٨٥ مدنى) • فهل يتحقق هذا بالنسبة للمطالبة ؟ الواقع أنه ما دامت

المفهوم لهذا الاصطلاح أو امام جهة ادارية لها اختصاص قضائى . ولهذا فالشكوى المقدمة من العامل الى مكتب العمل لمحاولة تسوية النزاع لاتقطع التقادم (. نقض عمال ١٩٨١/١١/٨ فى الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٤٦ ق) .

(د) أن يتعلق الامر بدعوى موضوعية . (نقض مدنى ٢٥ يونيو ١٩٥٩ مجموعة النقض ١٠ ص ٥٢٨) . ولهذا لا يقطع التقـادم مجـرد رفـع دعوىوقتية (نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٧٦ — طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤١ ق (أو طلب تعيين خبير بيرو : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٦ ص ١٨٤) . على الدعوى الموضوعية تقطعالتقادمولو رفعت امامحكمةمستعجلة (نقض عمال اول يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٦٠ لسنة ٤٤ ق) اذ رفعالدعوى يقطـع التقادم ولـو رفعـت أمام محكمة غير مختصـــة . ويقتصر أثر رفـع الدعوى على الحـق المطالب به وتوابعه التى تسقط بسقوطه دون اى حق آخـر . (نقض مدنى ٢٦ أبريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٢ — ٦ — ٥٠٦ — ٨٧) . على أن المطالبة بجزء من الحق تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة للحق بأكمله ، اذا كانت هذه المطالبة الجزئية تدل فى ذاتها على قصد صاحب الحق التمسك بكامل حقه . وتطبيقا لهذا فان المطالبة بتعويض مؤقت مقداره ٥١ جنيه يقطع التقادم بالنسبة لكامل الحق اذ يدل على قصـد الطالب التمسك بكامل حقه فى التعويض (نقض مدنى ٨ يونيو ١٩٧٧ — مجلة ادارة القضايا ١٩٧٧ — عدد ٤ ص ٢٠٧ رقم ٢٤) .

(هـ) أن تنتهى الخصومة بحكم لصالح المدعى — على التفصيل الوارد فى المتن . وترتب المطالبة القضائية هذا الاثر سواء تعلق الامر بطالب أصلى بدات به خصومة أم بطلب عارض اثناء الخصومة ما دام يعتبر طلبا للحصول على حماية قضائية موضوعية . فاذا كان الطلب العارض يتضمن تعديلا للطلب الاصلى على نحو يجعله لا يتضمن المطالبة بحماية موضوعية للحق فانه يترتب عليه زوال أثر الطلب الأصلى فى قطع التقادم . ولهذا اذا عدل المدعى بالملكية طلبه الى بطلان حكم مرسى المزاد زال أثر الدعـوى الاصلية فى قطع التقادم (نقض مدنى ١٩٨٢/٢/٢ — الطعن رقم ١٤٢ لســنة ٤٠ ق) . ومن ناحية أخرى فان الطلب القضائى يقطع التقادم ولو كان طلبا احتياطيا (نقض عمال أو يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٤٤ ق) .

(١) نقض عمال أول يناير ١٩٨٠ — الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٤٤ ق . .
وعلة هذا أن المطالبة ولو رفعت الى محكمة غير مختصة تعتبر صحيحة اذ ان اختصاص المحكمة بالدعوى التى تتضمنها المطالبة ليس مقتضى لصحة هذه المطالبة (نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٢١٠ ص ٣٩٠ . بتىالمرافعات بند ٢٩ ص ١١٧ حاشـية ٥) ولهـذا فان من الطبيعى ان ترتب المطالبـة المرفوعة الى محكمة غير مختصة آثار المطالبة الصحيحة .

الخصومة قائمة ، فانه لا تبدأ مدة جديدة . فاذا انتهت الخصومة فاما أن تنتهى بحكم نهائى بقبول الطلب ، أى بحكم نهائى لصالح المدعى ، وعندئذ تبدأ مــدة تقادم جـديدة هى خمس عشر ســنة (٣٨٥/٢) أيا كانت المدة السابقة على الطلب . وهذه ليست مدة تقــادم ترد على الدعوى التى رفعت بها المطالبة اذ هذه قد انقضت بالحكم النهائى ، بل مدة تقادم ترد على دعوى جديدة ناشئة عن الحكم actio judicati . أما اذا انتهت الخصومة بحكم برفض الطلب ، فلا يمكن الكلام عن تقادم اذ هذا الحكم يعنى أنه لم يكن للمدعى حق فى الدعوى يمكن أن يرد عليه تقادم (١) . واذا انتهت الخصومة قبل الفصل فى الموضــوع فان الخصــومة تزول والتقادم يعتبر أنه لم ينقطع ، فلا تبدأ أية مدة جديدة (٢) . وهو ما يعنى أنه فى جميع الاحوال لا يحدث أى انقطاع للتقادم بالمعنى الصحيح .

٤ — اذا نقل المدعى عليه حيازة الشىء المطلوب استرداده الى آخر ، فان هذا الانتقال لا يؤثر فى بقائه طرفا فى الخصومة وصدور الحكم ضده برد الشىء . كذلك اذا تصرف المدعى أو المدعى عليه فى الحق المطالب به ، فان هذا التصرف بعد المطالبة لا يغير أطراف الخصومة ، اذ تبقى هذه فى مواجهة المتصرف دون المتصرف اليه .

٥ — اذا اكتسب الغير حقا على عقار محل مطالبة قضائية ، فان هذا الحق لا ينفذ فى مواجهة المدعى . على أنه حماية للغــير يتطلب القــانون لسريان هذا الأثر تسجيل صحيفة الدعوى .

على أن مبدأ النظر فى الطلب باعتباره يوم رفعه لا يؤخذ على اطلاقه . فمن المقرر اعمالا لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة أنه لا يعمل به اذا لم يكن يحقق الهدف منه . ولهذا (٣) :

---

(١) الحكم برفض الدعوى يزيل اثرها فى قطع التقادم . فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٥٠٢ — ٢٥٤) .

(٢) كيوفندا : نظم — جزء اول ص ١٤٦ . كوستا : بند ٢١ ص ٢٧ .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء اول ص ١٤٧ — ١٤٩ . زانزوكى : جزء ثان بند ٢٢ ص ١٩ .

١ ــ اذا تحققت الحماية القانونيــة للحق بوسيلة أخــرى ولو غير قضائية كما لو صدر تشريع يقر للمدعى بحقه ، أو زال الاعتداء ســبب الدعوى كما لو تم الوفاء للدائن أثناء الخصومة ، فان الدعــوى تنقضى • فلا ينظر فيها القاضى باعتبارها يوم رفعها (١) •

٢ ــ اذا رفعت الدعوى قبل حلول أجل الدين ، وحل الأجل بعــد المطالبة وقبل صدور الحكم ، فانه يجب نظر الدعوى رغم أنها تعتبر غير مقبولة باعتبارها يوم رفعها (٢) •

٢٦٦ ــ اعــلان صحيفة الدعوى وتكليف المدعى عليه بالحضــور : تطبيقا لمبدأ المواجهة ، أوجب القــانون ــ بعــد ايداع الصــحيفة قلم كتاب المحكمة ــ اعلان الصحيفة الى المدعى عليه اعلانا يتضمن تكليفه بالحضور أمام المحكمة فى الجلسة المحددة بالصحيفة • وتمهيدا لهــذا الاعلان ، أوجب القانون على قلم الكتاب الذى أودعت به صحيفة الدعوى، أن يقوم فى اليوم التالى على الأكثر لهذا الايداع ــ وذلك بعد قيــامه بقيدها ــ بتسليم أصل الصحيفة وصورها الى قلم المحضرين (مادة٦٧/٢)• على أنه خشية من أن يتأخر قلم الكتاب فى القيام بهذا الواجب ، أجاز المشرع للمدعى أن يطلب من قلم الكتاب تســليمه هو أصــل الصحيفة وصورها وذلك بعد اتمام قيد الدعوى • ويقــوم المدعى بتسليم هــذه الأوراق الى قلم المحضرين لاعلانها • (مادة ٦٧/٣ مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٤) • وبهذا يستطيع المدعى الحريص على عــدم تأخير الاجراءات أن يقوم هو بما كان يجب على قلم الكتاب ــ حسب الأصل ــ القيام به (٣) •

---

(١) ميكيلى : جزء ثان بند ٩٥ ص ٢١ •

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير ١٩٣١ ــ المحاماة ١١ ــ ٨٧٦ ــ ٤٥٠ • ويكون الامر كذلك ولو حل الاجل أثناء خصومة الاستئناف (ليبمان ــ جزء اول بند ٢٠ ص ٥٦) •

(٣) ولانه يترتب على مجرد ايداع صحيفة كل من دعوى اســترد المنقولات المحجوزة والمنازعة الوقتية فى التنفيذ ، وقف التنفيذ ، وخشيه من أن يتسلم المدعى فى هذه الدعاوى أصل الصحيفة وصورها ولايسلمها لقلم المحضرين اكتفاء منه بالاجراء الذى ترتب عليه رفع الدعوى والذى

=

وقد أخضع المشرع اعلان صحيفة الدعوى لميعادين :

١ ــ على قلم المحضرين أن يقوم بالاعلان خلال ثلاثين يوما من تسلمه أوراقه بشرط أن يتم الاعلان قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بفترة معينة تسمى ميعاد الحضور سيلى بيانها حالا (١/٦٨) • ولا يترتب على مخالفة قلم الكتاب لوجوب تسليم أوراق الاعلان الى قلم المحضرين فى اليوم التالى على الأكثر ، أو مخالفة قلم المحضرين ميعاد الثلاثين يوما ، بطلان أو سقوط • (انظر المادة ٦٩ بالنسبة لميعاد الثلاثين يوما) • وانما يكون الجزاء ــ وفقا للمادة ٢/٦٨ ــ أن تحكم المحكمة وجوبا على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين باهماله فى تأخير الاعلان (١) بغرامة من جنيه الى عشرة جنيهات • ولا يقبل الحكم بالغرامة الطعن بأى طريق •

٢ ــ وفقا للمادة ٧٠ معدلة بالقانون ٧٥ لسنة ١٩٧٦ اذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة الى قلم الكتاب فانه يجوز ، بناء على طلب المدعى عليه ، الحكم باعتبار رفع الدعوى كأن لم يكن • وذلك اذا كان التأخير بفعل المدعى • ويسرى حكم هذه المادة أيضا اذا تم الاعلان فى ميعاد الثلاثة أشهر ، ولكنه كان اعلانا باطلا • اذ لا يعتبر الاعلان قد تم خلال الميعاد القانونى الا اذا تم صحيحا •

وقد كانت المادة ، قبل تعديلها سنة ١٩٧٦ ، تجعل هذا الجزاء وجوبيا يقع بقوة القانون بمجرد عدم تمام الاعلان خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة لقلم الكتاب ، فجاء التعديل وخفف كثيرا من قسوة هذا الجزاء •

ا[illegible] قف التنفيذ ، فقد استثنى القانون هذه الدعاوى ولم يجز فيها تسليم [illegible]صل الصحيفة وصورها ــ بعد قيدها ــ الى المدعى (مادة ٣/٦٧ والمذكرة الايضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٧٤) •

(١) والمقصود بتأخير الاعلان هو تأخر قلم الكتاب فى تسليم اوراقه الى قلم المحضرين عن اليوم التالى او تأخر قلم المحضرين عن الاعلان خلال ثلاثين يوما من تسلم اوراقه من قلم الكتاب ، وذلك دون نظر الى ميعاد الثلاثة أشهر الذى يجوز اعتبار رفع الدعوى كأن لم يكن اذا لم يتم الاعلان

وعلة هذا الجزاء هو رغبة المشرع فى عدم استمرار رفع الدعوى منتجا لآثاره دون أن تكون الصحيفة قد أعلنت للمدعى عليه لمدة طويلة قدرها المشرع بثلاثة أشهر • ويضاف الى هذا الميعاد ميعاد مسافة بين مقر المحكمة حيث يوجد قلم المحضرين وبين محل الاعلان • ووفقا للمادة ٧٠ بعد تعديلها سنة ١٩٧٦ ، لا يوقع الجزاء بقوة القانون بل يجب صدور حكم به • ويشترط للحكم بهذا الجزاء (١) :

(أ) أن يطلبه المدعى عليه • فليس للمحكمة أن توقع الجزاء من تلقاء نفسها (٢) • ويطلب المدعى عليه هذا الجزاء بدفع اجرائى يخضع لما تخضع له الدفوع الاجرائية غير المتعلقة بالنظام العام من أحكام (٣) • ولهذا يسقط حق المدعى عليه فى التمسك به بكلامه فى الموضوع أو بابدائه دفعا بعدم القبول • ويمكن النزول عن هذا الدفع صراحة أو ضمنا (٤) • واذا تعدد المدعى عليهم ، كان لمن تأخر اعلانه منهم وحده التمسك بالدفع دون من أعلن منهم فى الميعاد • ويكون الأمر كذلك ؛ ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة (٥) •

(ب) أن يكون عدم احترام ميعاد الثلاثة أشهر راجعا الى فعل المدعى • ولا يشترط لذلك أن يكون فعل المدعى هو السبب الوحيد أو السبب المباشر (٦) ، أو السبب الرئيسى • بل يكفى توافر رابطة السببية

خلاله . وعلى اية حال ، فانه يجب ثبوت الاهمال فى جانب موظف معين بقلم المحضرين او قلم الكتاب ، فلا تكفى مجرد واقعة عدم احترام الميعاد اذا كان الموظف ليست لديه البيانات اللازمة التى تكفى لقيامه بالاجراء .

(١) أنظر : وجدى راغب — مبادىء ص ٣٠٤ وما بعدها . محمد كمال عبد العزيز — ص ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) نقض عمال ١٩٧٩/١١/٦ فى الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٤٩ ق .

(٣) نقض مدنى ١٢/١٩ / ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥١ ق .

(٤) على انه يلاحظ ان للمدعى عليه رغم حضوره التمسك بالجزاء فحضوره لا يصحح العيب المستمد من عدم الاعلان خلال ثلاثة أشهر (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٧٣٥ — ٣٢٤).

(٥) نقض ضرائب ٢٩ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق (خاص باعلان صحيفة الاستئناف) .

(٦) عكس هذا : وجدى راغب — مبادىء ص ٣٠٤ .

بين فعلى المدعى وبين عدم الاعلان فى الميعاد • ولا صعوبة اذا كان المدعى قد تسلم الصحيفة وصورها لتسليمها لقلم المحضرين فلم يفعل حتى انقضى الميعاد ، ولكن يعود عدم احترام الميعاد الى فعل المدعى أيضا فى بعض الصور ولو كانت الأوراق قد سلمت مباشرة من قلم الكتاب الى قلم المحضرين لاعلانها ، كما لو كان المدعى قد بين موطنا للمدعى عليه غير موطنه الحقيقى ، أو قدم بيانا غير واف عنه •

ولا يشترط أن يشوب فعل المدعى المتسبب فى عدم احترام الميعاد سوء نية أو خطأ • فتكفى الواقعة التى تؤكد نسبة التأخير الى فعل المدعى •

فاذا كان عدم الاعلان أو التأخير راجعا الى فعل أو اهمال قلم الكتاب أو قلم المحضرين أو المدعى عليه ، فليس للمحكمة توقيع الجزاء •

واذا توافر هذان الشرطان ، كان للمحكمة الحكم باعتبار رفع الدعوى كأن لم يكن • ولها — رغم توافر الشرطين — عدم الحكم به اذا قدرت أن هناك عذرا للمدعى فيما فعله مما أدى الى عدم احترام الميعاد • فالسلطة تقديرية كاملة للمحكمة •

ويترتب على الحكم بهذا الجزاء أن يعتبر رفع الدعوى كأن لم يكن • فيزول وتزول جميع الآثار التى ترتبت عليه ويمتنع على المحكمة نظر الدعوى أو موضوعها (١) • ولكن لا يؤثر هذا فى حق المدعى فى الدعوى ، أو فى حقه الموضوعى • فله أن يعود ويرفع الدعوى من جديد • ويجب عليه عندئذ أن يعيد ايداع أصل صحيفة دعوى وصورها ويدفع الرسم من جديد ، وفقا لما سبق بيانه •

واذا تعدد المدعى عليهم ، وكان تعددهم وجوبيا كما فى حالة الدعوى بتقرير صحة عقد بيع متعدد الأطراف ، فان الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم احترام ميعاد الثلاثة أشهر يؤدى الى اعتبارها كذلك بالنسبة للجميع (٢) •

(١) نقض مدنى اول يناير ١٩٧٩ — الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ ق .
(٢) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٣ ق .

ويتم اعلان صحيفة الدعوى وفقا لقواعد الاعلان • ولهذا يجب أن تشتمل الورقة على بيانات ورقة الأعلان (١) • وأن تسلم صورتها وفقا للقواعد السابق بيانها (٢) • وعلى قلم المحضرين ، بعد تمـام الاعلان ، أن يقوم برد الأصل الى قلم الكتاب الذى تم الاعلان بناء على طلبه (٦٧/٢) • فاذا كان أصل الصحيفة وصورها قد سلمت الى قلم المحضرين من المدعى فانه بعد الاعلان يرد الأصل الى المدعى الذى يقوم باعادته الى قلم الكتاب (مادة ٦٧/٣) •

٢٦٧ — **ميعاد الحضور** : هو الميعاد الذى يجب أن ينقضى بين اعلان المدعى عليه (أو ممثله) بصحيفة الدعوى متضمنة تكليفه بالحضـور أمام المحكمة وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى • وعلة منح هذا الميعاد هو أن يتمكن المدعى عليه من الاستعداد للدفاع قبل حضوره أمام القضاء ، فلا يضطر الى طلب التأجيل للاستعداد • ويمنـح هـذا الميعاد للمدعى عليه سواء فى دعوى أصلية أم فرعية •

وقد حددت المادة ٦٦ هـذا الميعـاد ، وجعلته يختلف حسب نوع الدعوى ، فهو فى الدعوى المستعجلة ٢٤ ساعة أيا كانت المحكمـة التى تنظر هذه الدعوى • أما فى الدعوى الموضـوعية . فان الميعـاد يختلف باختلاف المحكمة فهو ثمانية أيام بالنسبة للمحكمة الجزئية وخمسة عشر يوما أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف • وميعاد الحضـور ميعاد كامل فلا يدخل فى حسابه يوم الاعلان ولا يوم الجلسة • ويضاف اليه ميعاد مسافة وفقا للقواعد العامة •

واذا قامت حالة ضرورة لنظر الجلسة قبل اكتمال ميعاد الحضور ،

(١) ويلاحظ أن بعض بيانات ورقة الاعلان واردة هى نفسها فى صحيفة الدعوى التى تعلن . من هذا ، البيان المتعلق بتحديد المدعى او المدعى عليه . ويجب فى هذا الشأن مراعاة أن رفع الدعوى يعتبر عملا اجرائيا سابقا على اعلان صحيفة الدعوى ، ولهذا فان العيب فى صحيفة الدعوى عند ايداعها لا يصححه — بالنسبة لرفع الدعوى — ورود البيان فى ورقة الاعلان . وعلى العكس فان ورود البيان فى ورقة الاعلان يصحح العيب فى الصحيفة بالنسبة لعملية الاعلان . ذلك أنه عند الاعلان تعتبر صحيفة الدعوى وورقة الاعلان كلا لا يتجزأ .

(٢) ما سبق بند ٢٣١ .

فانه يمكن انقاصه • ويتم هذا الانقاص باذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المطلوب الحضور أمامها وفقا لقواعد استصدار الاوامر على العرائض ، وذلك بناء على طلب المدعى • وعندئذ يحدد القاضى تاريخ الجلسة مراعيا ما قام به من انقاص (١) • ويخضع تقدير الضرورة المبررة لنقض الميعاد للقاضى مصدر الأمر ، على أنه لا يلتزم — تطبيقا للقواعد العامة فى الأوامر على العرائض — بتسبيب أمره الا اذا صدر مخالفا لأمر سابق • على أن المشرع قيد انقاص ميعاد الحضور بقيدين :

الاول : أنه قيد سلطة القاضى فى المدى الذى يصل اليه بالنسبة لانقاص الميعاد ، فقررت المادة ٦٦ أن الانقاص فى الدعوى الموضوعية يكون من خمسة عشر يوما الى مدى أدناه ثلاثة أيام . ومن ثمانية أيام الى مدى أدناه أربع وعشرين ساعة • وفى الدعوى المستعجلة من أربع وعشرين ساعة الى ساعة على الاقل • على أنه يجب بالنسبة للدعوى المستعجلة اذا حدث نقض الميعاد عن أربع وعشرين ساعة أن يتم تسليم صورة صحيفة الدعوى لشخص المعلن اليه وذلك ما لم تكن الدعوى من الدعاوى البحرية •

الثانى : أنه يجب اعلان صورة الاذن بالانقاص مع اعلان صحيفة الدعوى ، وذلك لكى يتمكن المدعى عليه من مراقبة احترام المدعى لميعاد التكليف بالحضور • ولم يوضح نص المادة ٦٦ ما اذا كان الاذن بانقاص الميعاد يقبل التظلم منه أم لا ، وهو ما قد يفهم منه قابلية الأمر للتظلم وفقا للقواعد العامة فى استصدار الاوامر على العرائض • ولكننا نرى أن هذا التظلم غير جائز اذ من شأنه تفتيت اجراءات الخصومة ، وانما يكون للمدعى عليه المنازعة فيه فى نفس الخصومة عند حضوره (٢) وأيا كان وجه الخطأ فى انقاص الميعاد — سواء بالانقاص فى غير حالة الضرورة أو بالانقاص الى أقل من الحد الأدنى المسموح به — فان المسألة خاضعة لتقدير المحكمة التى تنظر الدعوى والتى تستطيع تأجيل الدعوى ليستكمل المدعى عليه الميعاد الذى يستحقه •

---

(١) احمد مسلم بند ٤٧٧ ص ٥١٥ .

(٢) Satta (S.) : Commentario al codice di procedura civile, Lib. 2uarte 1, Milano 1966 p. 29.

ويلاحظ أن ميعاد الحضور الذى حدده القانون هو حد أدنى ، فيجوز للمدعى — دون اذن من القضاء — منح المدعى عليه ميعادا أطول . كما يلاحظ أن مخالفة ميعاد الحضور باعطاء المدعى عليه ميعادا أقل لا يترتب عليه أى بطلان . وانما يكون للمدعى عليه — وفقا للمادة ٦٩ — اذا حضر أن يحصل من المحكمة على قرار بتأجيل الجلسة لاستكمال الميعاد .

٢٦٨ — بطلان اعلان صحيفة الدعوى : لم يتضمن القانون نصا خاصا ببطلان اعلان صحيفة الدعوى ، مما يعنى خضوع الامر للقواعد العامة فى البطلان السابق بيانها . مع ملاحظة أن المادة ١٩ مرافعات قد نصت صراحة على البطلان جزاء لتخلف أو تعيب بيانات ورقة الاعلان التى تنص عليها المادة ٩ مرافعات ، وأن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام ، فهو يتعلق بمصلحة المعلن اليه (١) .

ويعتبر اعلان صحيفة الدعوى عملا اجرائيا تاليا لايداع الصحيفة ، لا يؤثر بطلانه فى صحة ايداع الصحيفة . ولما كانت الدعوى تعتبر فى القانون المصرى مرفوعة بمجرد ايداع الصحيفة ، فان بطلان اعلانها لا يؤثر فى صحة رفعها (٢) . وتأكيدا لهذا المعنى ، فان الجزاء الذى ينص عليه القانون لعدم اعلان الصحيفة خلال ثلاثة أشهر ليس هو جواز الحكم ببطلان رفع الدعوى ، ولكن جواز اعتبار رفع الدعوى كأن لم يكن (٧٠ مرافعات) .

على أنه اذا حدث ولم يعلن المدعى عليه اطلاقا ، أو أعلن اعلانا تبينت المحكمة بطلانه فأمرت المدعى باعادة اعلانه فلم يفعل ، أو قضت المحكمة ببطلان الاعلان سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع من المدعى عليه ، ولم يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، فان القاضى يمتنع

---

(١) نقض احوال شخصية ١٦ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٦ لسنة ٥١ ق .

(٢) نقض عمال ٦ نوفمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٤٩ ق . (اذا كان البين من صحيفة الاستئناف انها استوفت البيانات التى نصت عليها المادتان ٢٣٠ و ٦٣ مرافعات وانها أودعت قلم الكتاب فى الميعاد المحدد فى القانون ، وكان التمسك ببطلان اعلانها امرا خارجا عن الصحيفة ذاتها)

عنيه ـ اعمالا لمبدأ المواجهة ـ نظر الدعوى رغم قيامها (١) • ونكون بصدد دعوى قائمة أمام المحكمة لم تتصل بالخصم • ويعتبر أى اجراء يتم فى الخصومة ويتعلق بنظر الدعوى بما فى ذلك الحكم فيهااجراء باطلا اذ ينقصه مفترض ضرورى لصحته هو اعلان المدعى عليه (٢) فاذا حكم بهذا البطلان ترتب على هذا البطلان زوال جميع الاثار التى ترتبت على رفع الدعوى كما تعتبر الخصومة كأنها لم تبدأ (٣) •

واذا لم يصدر حكم فى الدعوى وانقضت سنة من تاريخ آخر اجراء صحيح فى الخصومة دون ان تعلن صحيفة الدعوى اعلانا صحيحا للمدعى عليه ، سقطت الخصومة وفقا للمادة ١٣٤ مرافعات •

٢٦٩ ـ أثر الحضور فى تصحيح الاعلان الباطل : وفقا للمادة ١١٤ « بطلان صحف الدعاوى واعلانها وبطلان أوراق التكليف بالحضور الناشىء عن عيب فى الاعلان أو فى بيان المحكمة أو فى تاريخ الجلسة يزول بحضور المعلن اليه فى الجلسة أو بايداع مذكرة بدفاعه » • وهذا النص يتعلق بتصحيح بطلان اعلان صحيفة الدعوى ، سواء رفعت الدعوى بالايداع وكان الاعلان عملا اجرائيا لا حقا على رفع الدعوى أم كانت الدعوى قد رفعت بطريق التكليف بالحضور وبالتالى كان اعلان صحيفة الدعوى هو العمل الاجرائى الذى يعتبر رفعا للدعوى (٤) • ولكن النص لا ينطبق على البطلان الذى يشوب رفع الدعوى عندما يتم رفعها بايداع الصحيفة قلم الكتاب • فهذا البطلان لا يصححه الحضور •

ويعتبر هذا النص تطبيقا للفكرة التى أخذ بها المشرع فى تنظيمه

---

(١) نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٤٨ ق . (تلك المواجهة التى لا تتاتى على ما أوجبه القانون الا باعلان المدعى عليه للحضور أمام القاضى فى التاريخ المحدد لنظر الدعوى .. لما كان ذلك فانه ما لم يتحقق الاعلان على هذا النحو فلا تكون ثمة خصومة ، فاذا قضى فيها القاضى برغم ذلك ورد قضاؤه على غير محل) . وايضا : نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٤٥ ق .

(٢) ولا يصحح هذا البطلان حضور المدعى عليه وترافعه فى الدعوى . (نقض مدني ١٨ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٤٩) .

(٣) نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٤٩ ق .

(٤) ويلاحظ أن النص ينطبق أيضا على كل اعلان يتضمن تكليفا بالحضور سواء تعلق الامر بعمل فى خصومة اول درجة أم فى خصومة الطعن .

للبطـلان ، وهى ربط الشـكل بالغاية منه فحيث تتحقق الغايـة من الشـكل فـلا بطلان • فالمدعى عليـه الـذى يحضر أمـام المحكمـة يؤدى حضـوره الى تحقيق الغايـة من بعض الأشـكال القانونية فى الاعلان ، ولهذا ليس له التمسك ببطلان العمل بسبب تخلف أو تعيب هذه الأشكال(١) • والعيوب التى نصت المادة١١٤ على تصحيحها بالحضور هى:

١ — **عيب فى الاعلان :** وليس المقصود بعيب فى الاعلان أى عيب يتعلق به (٢) ، وانما يجب تفسير النص بالنظر الى أسامـه وهو تحقق الغاية بالحضور • ولهذا فان العيب فى الاعلان الذى يصـححه الحضور هو العيب فى شكل الاعلان الذى يؤدى الحضور الى تحقيق الغاية منه • ويشمل هذا كل عيب يتعلق بتسليم صورة الاعلان : كما لو سلمت الصورة للمدعى عليه فى غير موطنه (٣) ، أو لشخص ممن لا يجوز تسليم الصورة اليه (٤) ، أو لم يرسل المحضر كتابا موصى عليه بعد تسـليم الصـورة لجهة الادارة أو سلمت فى مكان لم يتخذ موطنا مختارا (٥) • أو ما يتعلق ببيان اسم من سلمت اليه الصورة وتوقيعه على الاصل أو اثبات امتناعه • ومن ناحية أخـرى ، يصحح الحضـور البيـان الخاص باسم المعلن اليه ومهنته وموطنه ، اذ الغرض منـه تعيين شخصيته • فاذا حضر وكان هـو المدعى عليه المطلوب حضوره فقد تحققت الغاية من البيان • وعلى العكس

---

(١) كارنيلوتى : نظم الخصومة — جزء أول بند ٣٧٤ ص ٣٧١ . هيئة المواد المدنية والتجارية ٤ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٢ — ٢ . نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٨ ق . فليس صحيحا ما يقوله البعض من أن التصحيح بالحضور يعتبر صورة من صور النزول الضمنى عن التمسك بالبطلان (انظر : تيسييه — تعليق دالوز ٩٧ — ١ — ٥١٣ . العشماوى : طبعة ثانية جزء ثان بند ٧٧١ ص ٢٨٧) . ولهذا فان الحضور يصحح البطلان ولو أعلن المدعى عليه انه ما حضر أمام المحكمة الا لكى يتمسك بالبطلان (كالفوزا — مجلة المرافعات ١٩٤٨ — ٣ — ٢ — ص ٣٢٤ رقم ١٧) كما أنه يصحح البطلان ولو كان الحضور هو الوسيلة الوحيدة للتمسك بالبطلان لان الحكم فى الدعوى لا يقبل الطعن بأى طريق . (عكس هذا : رمزى سيف : بند ٣٤٩ ص ٤١٦) .

(٢) عكس هذا العشاوى — جزء ثان بند ٧٧١ ص ٢٨٤ .

(٣) نقض مدنى ٥ مارس ١٩٥٣ — مجموعة النقض ٤ — ٦٠٧ — ٩٤ .

(٤) نقض مدنى ٢ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٠٨ — ٣٦ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ١٥٣ — ١٨

فان التصحيح لا يشمل تخلف بعض بيانات الاعلان . ومن هذه بيان تاريخ الاعلان ، لأن الغرض منه لا يحققه مجرد الحضور ، كذلك البيانات المتعلقة بالمدعى ، وبيان اسم المحضر وتوقيعه (١) . كما لا يشمل البطلان لعدم الاعلان فى الميعاد (٢) . اذ هذه كلها لا يحقق الحضور الغاية منها .

٢ — **بيان المحكمة وتاريخ الجلسة** : وهما ليسا من بيانات ورقة الاعلان ، بل من بيانات ورقة صحيفة الدعوى التى يرد عليها الاعلان . ومن الواضح أن مجرد حضور المدعى عليه أمام المحكمة فى التاريخ المحدد يحقق الهدف من هذين البيانين . أما البيانات الأخرى فى ورقة صحيفة الدعوى والتى لا تشير اليها المادة ١١٤ فلا يصحح الحضور العيب المتعلق بها الا اذا كان الحضور يحقق الغاية من البيان . فعندئذ لا يحكم بالبطلان تطبيقا للمادة ٢٠ . وتطبيقا لهذه الفكرة فان الحضور لا يصحح البيان المتعلق بتحديد المدعى كما لا يصحح البيان المتعلق بوقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها . وعلى العكس — رغم أن المادة ١١٤ لم تشر اليه — فان الحضور يصحح البيان المتعلق بتحديد المدعى عليه وتحديد موطنه .

والحضور المصحح هو حضور الخصم المعلن اليه (أو ممثله) فاذا كانت الاجراءات لا تصح الا فى مواجهة ممثل قانونى للخصم ، فان حضور هذا الممثل هو الذى يصحح البطلان ، فلا يكفى حضور الخصم (٣) . واذا تعدد المدعى عليهم ، فان حضور أحدهم لا يصحح بطلان اعلان خصم غيره .

ولأن الحضور لا يصحح كل العيوب التى تشوب الاعلان ، فانه لا ينتج أثره الا اذا كان الحضور بناء على اعلان مشوب بأحد العيوب

---

(١) نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٨٦٨ — ١٢٦ .

(٢) نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٧٧ — الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ٤٤ ق . ولهذا فانه اذا تم اعلان الدعوى بعد انقضاء ثلاثة أشهر من ايداع الصحيفة فان الحضور لا يصحح هذا العيب . (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٧٥ مجموعة النقض ٢٦ — ١٧٣٥ — ٢٣٢٤ .

(٣) ريكا بابربريس : مجلة المرافعات ١٩٣٢ — ٢ — ١٢١ .

السابق بيانها ، فحضور المدعى عليه من تلقاء نفسه دون أى اعـلان أو باعلان شفوى دون تسلم صورة الاعلان (١) أو بناء على اعلان آخر غير المدعى بطلانه ولو كان لاحقا له (٢) غير كاف • على أن مجرد الحضور فى الزمان والمكان المعينين فى الورقة قرينة على أن الحضور قد تم بناء على الورقة ، وعلى المتمسك بالبطلان اثبات العكس (٣) • ومن ناحية أخرى فان الحضور المصحح هو الحضور أمام المحكمةالتى كلف المدعى عليه بالحضور أمامها ، وفى اليـوم الواجب الحضـور فيه (٤) • ونتيجـة لهذا اذا أعلن المدعى عليه للحضور أمام محكمة أول درجة ولم يحضر ، فان حضوره أمام محكمة ثانى درجة لا يصحح البطـلان الذى شـاب عيب الاعلان أمام أول درجة •

ويقوم مقام الحضور ــ وفقا للمادة ١١٤ ــ تقديم المدعى عليـه مذكرة بدفاعه فى قلم كتاب المحكمة قبل الجلسة المحددة لنظـر الدعوى بثلاثة أيام تطبيقا للمادة ٦٥/٢ (أو فى الميعاد القانونى المقرر بالنسبـة للطعن) ذلك أن تقـديم مذكرة بالدفاع يحقق الغـاية التى يحققهـا الحضـور (٥) •

والتصحيح الذى يتم كأثر للحضور ، لأنه يعتبر تطبيقا للمـادة ٢٠ مرافعات المتعلقة بتحقيق الغاية ، يتم بأثر رجعى • فيعتبر اعلان صـحيفة الدعوى صحيحا منذ القيام به (٦) • ونتيجة لهذا اذا كانت الدعوى ترفع

(١) نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٦٩ ــ مجموعة النقض ٢٠ ــ ١٩٥٧ ــ ١٦٤ .

(٢) كما هو الحال بالنسبة لاعادة الاعلان ، فهذا الحضور لا يصحح بطلان الاعلان الاول (نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٧ ــ الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٣ ق . و ٢٧ ابريل ١٩٧١ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٥٥٨ ــ ٨٨ . نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٠١٧ ــ ١٩٤ و ١٨ مارس ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٦٣١ ــ ١٢٥) .

(٣) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ ق .

(٤) نقض عمال ١٩٨١/١٢/٢٦ فى الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤١ ق .

(٥) ولهذا فان القواعد التى تنطبق على الحضور المصحح للبطلان تنطبق هى الاخرى على تقديم المذكرة فاذا قدمت المذكرة لغير الجلسة التى كلف بالحضور اليها فانها لا تصحح البطـلان . (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٧٨ ــ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ ــ عدد ٣ ص ٢٠٣ بند ١٧) .

(٦) ميكيلى : جزء أول بند ٩٤ ٥٢٠ .

بتكليف المدعى عليه بالحضور وشاب الاعلان عيب صححه الحضور فان رفع الدعوى ينتج كافة آثاره منذ الاعلان وليس منذ الحضور (١) • واذا كانت الدعوى قد رفعت بالاجراءات المعتادة أى بايداع الصحيفة ، وتم اعلانها خلال ثلاثة أشهر ولكن شابه عيب صححه الحضور وتم الحضور بعد انقضاء الثلاثة أشهر فان الاعلان يعتبر قد تم صحيحا خلال الثلاثة أشهر ولا يجوز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن (٢) •

٢٧٠ — اثر الغياب فى امكانية تجديد الاعلان الباطل : اذا تغيب المدعى عليه ، وكان اعلانه بصحيفة الدعوى — المتضمنة تكليفه بالحضور أمام المحكمة — باطلا ، فان المدعى عليه يكون معذورا فى عدم حضوره • ويؤدى عدم حضوره الى عدم امكانه التمسك ببطلان الاعلان • وهو ما يضر بمصلحته ، اذ قد يكون البطلان متعلقا بالمصلحة الخاصة ليس للمحكمة — حسب الاصل — التمسك به • هذا فضلا عن أنه ليس مما يتفق مع مبدأ الاقتصاد فى الخصومة أن يصدر حكم فى الموضوع بناء على اعلان باطل ، اذ يؤدى التمسك بهذا البطلان بعد ذلك بطريق الطعن — من الخصم الغائب المحكوم عليه — الى الغاء هذا الحكم لبنائه على اجراء باطل • ولهذين الاعتبارين قرر المشرع (مادة ٨٥) :

١ — أن تتبين المحكمة بطلان اعلان صحيفة الدعوى أو صحته ، ويكون ذلك من تلقاء نفسها • ويستوى أن يكون البطلان لعيب فى الاعلان أو فى الصحيفة محل الاعلان (٣) • كما يستوى أن يكون البطلان متعلقا بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة (٤) • ولا يستثنى من هذا الا أن يكون البطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة راجعا الى فعل الغائب • ذلك أن الغائب

---

(١) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان — للمؤلف — بند ٣٠٣ ص ٥٥٣ .

(٢) رمزى سيف : بند ٣٤٩ ص ٤١٧ . نقض عمال ١٩٨١/١١/١٥ رقم ٩٢ لسنة ٤٦ ق . و ١٩٨٢/١/١٧ فى الطعن ١٠٤٨ لسنة ٤٥ ق ونقض ٢٥ ابريل ١٩٧٨ — الطعن رقم ٦٧٠ لسنة ٤٤ ق .

(٣) رمزى سيف : بند ٤٤٠ ص ٥٥٣ .

(٤) نقض مدنى ٣١ مارس ١٩٥٥ — مجموعة النقض ٦ ص ٨٧٨ .

لو حضر ليس له التمسك بهذا البطلان (٢/٢١) فيجب ألا يستفيد من غيابه (١) .

٢ ــ اذا تبين لها بطلان الاعلان ، فعليها تأجيل القضية الى جلسة تالية تحددها ، وتكلف المدعى باعادة اعلان صحيفة الدعوى اعلانا صحيحا الى المدعى عليه مع تكليفه بالحضور الى هذه الجلسة بمراعاة ميعاد الحضور . وبعبارة أخرى ، الزام المدعى بتجديد الاعلان الباطل بالقيام باعلان صحيح فى ميعاد تحدده المحكمة . ويتم التجديد باعلان صحيح ، فلا يكفى تكملة الاعلان السابق ، اذ القانون يتطلب أن « يعاد اعلانه ... اعلانا صحيحا » (٢) .

وهذا التجديد لازم ولو كانت الدعوى مستعجلة أو كانت الصحيفة قد أعلنت لشخص المدعى عليه ، ما دامت المحكمة قد تبينت بطلان الاعلان (٣) .

ويجب على المحكمة الزام المدعى بتجديد الاعلان الباطل ، ولو كان الميعاد الذى يجب أن يتم فيه الاعلان قد انقضى . فاذا حدث وكانت قد انقضت ثلاثة أشهر من تسليم الأوراق الى قلم الكتاب ، فان هذا لا يحول دون الزام المدعى بالتجديد . والقول بغير هذا يجعل نص المادة ٨٥ بغير فائدة ، اذ عادة ما يكون ميعاد الاعلان قد انقضى ، فضلا عن أن للمدعى تجديد الاعلان الباطل من تلقاء نفسه ــ وفقا للمادة ٢٣ ــ بشرط مراعاة الميعاد القانونى (٤) . على أنه يجب لامكان التجديد بعد الميعاد القانونى للعمل أن يكون الاعلان المطلوب تجديده قد تم بمراعاة هذا الميعاد (٥) .

---

(١) نظرية البطلان ــ للمؤلف ــ بند ٢٨٠ ص ٥١٤ .

(٢) ولهذا فانه اذا اعاد المدعى الاعلان باطلا ، فان على المحكمة ــ اذا غاب المدعى عليه فى الجلسة الجديدة ــ الامر بالتجديد مرة أخرى ، وفقا للمادة ٨٥ .

(٣) وجدى راغب : مبادىء ص ٣٢١ .

(٤) بالتفصيل : نظرية البطلان ــ للمؤلف ــ بند ٣٩٩ ص٦٩٩ ــ ٧٠١ .

(٥) ردنتى : جزء أول بند ٦٢ ص ٢٣٢ ــ ٢٣٣ . ولايسرى هذا على ميعاد الثلاثين يوما من تسليم الاوراق الى قلم المحضرين ، اذ هو ميعاد لا يترتب عليه جزاء يتعلق بالعمل الاجرائى .

واذا امتنع المدعى عن القيام بالتجديد ، فان للقاضى — فضلا عن الحكم ببطلان الاعلان — الحكم على المدعى بالغرامة التى تنص عليها المادة ٩٩ مرافعات (١) . وللمدعى عليه ، اذا حضر من تلقاء نفسه فى الجلسة الجديدة ، التمسك باعتبار رفع الدعوى كأن لم يكن — وفقا للمادة ٧٠ — لعدم اعلانه اعلانا صحيحا خلال ثلاثة أشهر من ايداع الصحيفة .

وليس للتجديد أثر رجعى . فالاعلان يعتبر قد تم منتجا آثاره منذ القيام به صحيحا وليس منذ الاعلان السابق الباطل (٢) .

المطلب الثانى : تحديد نطاق القضية

٢٧١ — يتحدد نطاق القضية بالطلب الاصلى والطلبات العارضة :

الأصل أن يتحدد نطاق القضية بالمطالبة القضائية التى تبدأ بها الخصومة . وتسمى هذه بالطلب الاصلى . فينظر الى عناصر الدعوى التى يتضمنها هذا الطلب أى أشخاص الدعوى ومحلها وسببها . وتدور الخصومة حول هذه العناصر دون غيرها . فلا يجوز — بعد بدء الخصومة — تغيير أى من هذه العناصر . وبعبارة أخرى لا يجوز تقديم طلب جديد . وترجع هذه القاعدة الى الرغبة فى عدم تعقيد الخصومة بطلبات تقدم فيها بعد بدئها مما يؤخر سيرها ، والى الرغبة فى عدم مفاجأة الخصم لخصمه بطلبات جديدة تقدم بعد أن يكون قد استعد للدفاع فى نطاق الطلب الاصلى وحده . ولأن هذه القاعدة ترجع الى الرغبة فى حماية الخصوم ، فانها تتعلق بالمصلحة الخاصة . ولهذا يمكن للطرفين الاتفاق على مخالفتها (٣) .

على أن الأخذ بالمبدأ المتقدم على اطلاقه قد يؤدى الى التضحية بمبدأ آخر هو الاقتصاد فى الخصومة ، يقتضى تصفية المنازعات المرتبطة

---

(١) أبو الوفا : التعليق جزء أول ص ٢٦٧ . وليس للقاضى الحكم بالوقف الجزائى وفقا للمادة ٩٩ الا اذا حضر المدعى عليه من تلقاء نفسه فى الجلسة الجديدة اذ الوقف الجزائى لا يكون الا بعد سماع اقوال المدعى عليه . (قرب : وجدى راغب — مبادىء ص ٣١٠ الهامش) .

(٢) بتى : المرافعات بند ٥١ ص ٢١٧ . رمزى سيف : بند ٤٤٠ ص ٥٥٤ .

(٣) موريل : بند ٣٥٠ ص ٢٨٩ .

بالنزاع الأصلى أو المتفرعة عنه (١) ، ولهذا يذهب المشرع الى اجازة تقديم طلبات جديدة فى بعض الحالات تعرف بالطلبات العارضة • فنطـاق القضية يتحدد ليس فقط بالطلب الأصلى ، بل أيضا بالطلبات العارضة •

٢٧٢ — التزام الخصوم والقاضى بنطاق القضية : وهذا التحـديد لنطاق القضية يلزم الخصـوم والقاضى • فمن ناحيـة ، ليس لأى من الخصمين أن يخرج عن نطاق الطلب الاصلى فى أى عنصر من عناصره الا فى الحدود التى يجوز له فيها تقديم طلبات عارضة • ويمتد هذا المنع ليس فقط الى تقديم الطلبات وانما أيضا الى ما يتعلق بأوجه الدفاع أو الدفوع أو تقديم أدلة الاثبات ، فهذه يجب أن تكون متعلقة بما قدم من طلبات (٢) • ومن ناحية أخرى ، يلتزم القاضى بما قدم من طلبات أصلية وعارضة • ويستوى فى الطلب أن يكـون صريحا أو ضـمنيا ، فالطلب الصريح يطرح أيضا على القاضى الفصل فيما ينطوى عليـه من طلب ضمنى (٣) • وقد حكم بأن طلب شطب التسجيل المبنى على أن طالبه تملك الأرض المتنازع على ملكيتها يتضمن طلب الحكم بثبوت ملكيته لهذه الأرض (٤) • وأن طلب الحكم بتصفية الشركة يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم العقلى طلب الحكم بحلها (٥) • وعلى العكس حكم بأن طلب الحكم بصحة ونفاذ عقد بيع لا يتضمن بطريق اللزوم طلب الحكم بتثبيت ملكية المشترى للمبيع (٦) كما حكم بأن تقديم مستندات مثبتة لطلب ما لا يفيد بذاته اثارة طلب أمام المحكمة (٧) • وعلى أى حال ، فان مجرد

---

(١) موريل : بند ٣٥٣ ص ٢٩١ .

(٢) وتحديد نطاق الدفاع فى القضية أمر يستقل بتقديره قاضى الموضوع (نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق) •

(٣) نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٧٤٠ — ١٣٢ •

(٤) نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٣٠٤ — ٣٥ وأن طلب بطلان حكم مرسى المزاد يتضمن طلبا بعدم نفاذ هذا الحكـم (نقض مدنى ٩ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٧ — ١٩٦) •

(٥) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٥ — فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق .

(٦) نقض مدنى ١٩٨٠/٢/٢١ — فى الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق .

(٧) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ —١٢٤٦ — ١٩٦٠ •

حفظ الحق فى المطالبة بشىء ما — مثلا ما يظهر من تقرير الخبير (١) — لا يعد طلبا بالمعنى الصحيح . والتزام القاضى يبدو فى صورتين :

(أ) ليس للقاضى اغفال الفصل فى أى طلب مقدم له . فاذا كان يريد رفض طلب ما فعليه أن يبين ذلك ، فلا يستطيع أن يكتفى بتجاهله . ويجب أن ينظر القاضى الى كل ما يقدمه الخصم من طلبات فى الخصومة ما لم يعدل عن طلب (٢) .

(ب) ليس للقاضى الفصل خارج ما قدم له من طلبات ، سواء بتغيير مضمون هذه الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليه الخصوم (٣) . ولهذا ليس للقاضى أن يغير فى السبب الذى أقيمت عليها الدعوى (٤) ، أو فى محلها ، أو أن يفصل فى الدعوى فى مواجهة شخص لم يختصم فيها (٥) .

ويلاحظ أن مجرد اغفال خصم فى مذكرته الختامية لطلب قدمه قبل ذلك فى الخصومة ، لا يعتبر عدولا عن هذا الطلب (٧) ، وذلك مالم يستبن

---

(١) استئناف مصر ٢١ مارس ١٩٣٧ — المحاماة ١٨ — ٨٦٦ — ٣٩٩ .

(٢) ديباش : مشار اليه بند ١٣٦ ص ١٣٠ .

(٣) نقض مدنى ١٥ ابريل ١٩٤٣ — المحاماة ٢٥ — ١٧١ — ٦٢ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ نوفمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٢٧٤ — ٢١٧ . نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق (اذا كانت الدعوى قد اقتصرت على طلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع فليس للمحكمة أن تقضى مع صحة ونفاذ العقد بتثبيت الملكية للمشترى) .

(٥) نقض مدنى ٢٧ يونيو ١٩٧٧ فى الطعن رقم ١١٨ لسنة ٤٤ ق و ٥ ديسمبر ١٩٧٧ فى الطعن رقم ١١٩ لسنة ٤٣ ق . و ٢٥ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١١٤٥ — ١٨ . نقض ايجارات ٢٦ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٩٨ لسنة ٤٩ ق . (اذا طلب المؤجر اخلاء العين المؤجرة لتأجير المستأجر هذه العين من الباطن فليس للمحكمة ان تقضى بالاخلاء استنادا الى ترك المستأجر لهذه العين) .

(٦) نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٨ — مجموعة النقض ٩ ص ٤٨٢ .

(٧) نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٥٨ — مجموعة النقض ٩ ص ٢٥١ . ومع هذا انظر : نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٤٩ — المحاماة ٣٠ — ٧٣٨ — ٣٦٢ . وقرب : نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٨ ق . وقد قضى بانه اذا اغفل المدعى فى مذكرته الختامية التى حدد فيها طلباته تحديدا جامدا بعض الطلبات التى كان قد أوردها فى صحيفة الدعوى ، فان فصل المحكمة فى هذه الطلبات يكون قضاء بما لم يطلبه الخصوم .

من تحديد المدعى لطلباته بشكل جامد فى مذكرته الختامية ارادة العدول عما أغفل ذكره فى هذه المذكرة من طلبات •

على أن المحكمة وان التزمت بالطلبات المطروحة عليها من الخصوم وبالتالى بما تتضمنه من وقائع يقوم عليها الطلب ، الا أنها لا تلتزم بتكييف الخصوم لهذه الوقائع أو الطلبات أو الوقوف عند حد الظاهر من عباراتهم، اذ عليها اعطاؤها التكييف القانونى الصحيح بالنظر الى حقيقة المطلوب فيها والسبب القانونى الذى تستند اليه (١) ، وفقا لما تتبينه من الوقائع المعروضة عليها (٢) •

٢٧٣ ـ الطلبات العارضة : incidentes قد تقدم الطلبات العارضة من المدعى فى مواجهة المدعى عليه ، وتسمى بالطلبات الاضافية additionnelles وقد تقدم من المدعى عليه فى مواجهة المدعى ، وتسمى بالطلبات المقابلة reconventionnelles أو دعاوى المدعى عليه (٣) •

اولا : الطلبات الاضافية : تختلف التشريعات فى المدى الذى تسمح فيه بالطلبات الاضافية • وقد فرق القانون المصرى فى هذا الشأن بين مجموعتين من الطلبات (مادة ١٢٤) :

(أ) طلبات قدر القانون مقدما وجود ارتباط بينها وبين الطلب الأصلى ، فقرر حق المدعى فى تقديمها دون أية سلطة لقاضى الموضوع فى تقدير وجود الارتباط • وهذه هى :

---

(١) نقض ايجارات ٢٩/١٠/١٩٨٤ ـ فى الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٣ .

(٢) نقض ايجارات ٨ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن ٣٨١ لسنة ٤٩ ق .ومدنى ٢٢ ابريل ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٦ ق . و ١٤ مايو ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٦١١ لسنة ٤٦ ق . و ٢٧ نوفمبر ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤٧ ق . و ٩ ابريل ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٦٤٩ ـ ١٠٥ و ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٦١٨ ـ ٣٠٣ . و ١٩ نوفمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٩٤٠ ـ ١٦٣ . و ١٤ مارس ١٩٦٧ مجموعة النقض ١٨ ـ ٦١٢ ـ ٩٦ . نقض ايجارات ٢٢ ديسمبر ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٩ ق . و ٥ ابريل ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٤٧ ق .

(٣) وتعتبر أيضا من الطلبات العارضة طلبات الادخال او التدخل فى الخصومة . وقد سبقت دراستها عند دراسة أشخاص الخصومة .

١ — اذا طرأت أو تبينت ظروف جديدة بعد رفع الدعوى ، فللمدعى أن يصحح طلبه الاصلى أو أن يعدل محله . والفرض هنا عدم تغيير المدعى للسبب . ومثال تصحيح الطلب الأصلى أن يطالب المدعى بدين معين ، ويتبين له من مجرى التحقيق أنه يستحق فى ذمة المدعى عليه مبلغا أكبر فيطالب به . أما تعديل موضوع الطلب ، فالمقصود به أن يعدل المدعى عن دعواه الأصلية الى دعوى أخرى تستند مع الأولى الى نفس السبب وترمى الى تحقيق نفس الهدف من الناحية الاقتصادية (١) . ومثاله الانتقال من طلب فسخ العقد الى طلب تنفيذه أو العكس . أو أن يضيف المدعى الى طلبه الاصلى طلبا آخر يستند معه الى نفس السبب (٢) . فاذا غير المدعى سبب الطلب ، فليس له تغيير محله . على أن من المقرر أنه يجب تقديم الاعتراض على تغيير السبب أمام محكمة الموضوع والا سقط الحق فى ابدائه (٣) .

٢ — للمدعى أن يقدم طلبا اضافيا مكملا للطلب الأصلى ، مثل طلب ازالة بناء اضافة لطلب تسلم أرض أقيم عليها البناء ، أو متصلا بالطلب الأصلى اتصالا لا يقبل التجزئة مثل طلب تقرير صحة عقد ايجار اضافة للمطالبة الأصلية بالزام المستأجر بدفع أجرة دورية مستحقة .

٣ — للمدعى أن يضيف سببا جديدا لطلبه أو يغير السبب ، ما دام لا يعدل فى محل الطلب . ولهذا فان لمدعى الملكية الذى استند الى عقد أن يضيف اليه التقادم الخمسى بحسن نية أو أن يستبدل به التقادم الطويل . ولمن يطالب بدين على أساس عقد معين أن يستبدل بهذا السبب عقد قرض آخر .

---

(١) انظر فى هذه الفكرة : كيوفندا : نظم جزء اول بند ١٣٣ ص ٣٢٤ — ٣٢٥ .

(٢) كطلب طرد المغتصب من العين بالاضافة الى طلب التعويض المرفوعة به الدعوى (نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٤٨٤ — ٧٨) .

(٣) نقض مدنى ٢٩ اكتوبر ١٩٣٦ — المحاماة ١٧ — ٤٠٥ — ١٩٥ .

٤ — للمدعى أن يطلب — كطلب اضافى — الحكم بأى اجراء وقتى . وهنا يرفع المدعى دعوى جديدة فى عنصرى المحل والسبب ، هى الدعوى الوقتية .

(ب) والى جانب هذه الطلبات ، وضع القانون قاعدة عامة هى قبول الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى . على أن تقرير الارتباط هنا — على خلاف تلك المحددة فى المجموعة الأولى — يترك لقاضى الموضوع . ومن ناحية أخرى ، فانه لا يكفى وجود حالة ارتباط لتقديم الطلب الاضافى بل يجب أن تأذن به المحكمة (١) .

ويلاحظ بالنسبة للطلبات الاضافية ما يلى :

١ — أن هناك من الطلبات المقدمة من المدعى مما لا يعتبر فى الواقع طلبا جديدا وانما هو طلب يتضمنه الطلب السابق أو هو مجرد ايضاح لطلب سابق . ومثل هذا الطلب لا يتقيد بنطاق الطلبات الاضافية ولا بالشكل الواجب تقديمها فيه (٢) .

٢ — أنه اذا تمسك المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة بالطلب الاصلى ، فلا يجوز للمدعى التخلص من هذا الدفع بتعديل طلباته بحيث تصبح المحكمة مختصة بها (٣) .

٢٧٤ — ثانيا : الطلبات المقابلة : الطلب المقابل هو طلب عارض مقدم من المدعى عليه فى مواجهة المدعى ، يرمى به الى الحصول على حكم ضد المدعى أكثر من مجرد رفض طلبه (٤) . فهو به لا يقتصر على الدفاع ،

---

(١) رمزى سيف : بند ٢٩٣ ص ٣٤٢

(٢) فالمدعى الذى يرفع دعوى صحة حجز استحقاقى لا يقدم طلبا جديدا اذا طالب بثبوت الملكية اذ الحجز الاستحقاقى لا يحكم بصحته الا اذا ثبتت الملكية . (نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٤٥ — المحاماة ٢٧ — ١٠٧٥ — ٤٣١) . وطلب الحكم بما ظهر من الحساب بعد تعيينه . هو نفس الطلب السابق بما يظهر من الحساب فهو ليس طلبا جديدا ولا يجب اعلانه للطرف الاخر (نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٣١ — المحاماة ١٢ — ٢٢٣ — ١١٨) .

(٣) الجيزة الجزئية ٦ فبراير ١٩٤٠ — المحاماة ٢٠ — ١٠٣٣ — ٤٣٣

(٤) موريل : بند ٣٥٧ ص ٢٩٣ .

بل يلجأ الى الهجوم (١) • وهو بموجب الطلب المقابل يخرج من نطاق الدعوى التى يثير وجودها طلب المدعى ، لكى يثير وجود دعوى أخرى له فى مواجهة المدعى • فيه وفى نطاقه ، يصبح المدعى عليه مدعيا والمدعى مدعا عليه • ولهذا يسمى الطلب المقابل بدعوى المدعى عليه • ومن أمثلته أن يطلب المدعى الحكم بالزام المدعى عليه بتنفيذ التزام تعاقدى معين ، فيطلب المدعى عليه (كطلب مقابل) الحكم ببطلان هذا العقد أو بفسخه • أو يطلب المدعى الزام المدعى عليه بدين معين ، فيطلب المدعى عليه تقرير حق له فى ذمة المدعى واجراء المقاصة القضائية • وتلاحظ التفرقة بين الطلب المقابل والدفع الموضوعى ، فالدفع لا يرمى الا الى رفض طلب المدعى ، لهذا يكون له نفس نطاق هذا الطلب (٢) ، فى حين أن الطلب العارض له نطاق مختلف عن طلب المدعى ، وهو ان أدى فى بعض الاحوال — بطريق غير مباشر — الى رفض طلب المدعى ، فقد يتصور أحيانا قبول كل من الطلبين كما هو الحال بالنسبة لطلب المقاصة القضائية (٣) •

ولامكان تقديم طلب مقابل من المدعى عليه كثير من المزايا • فالسماح به يمكن المحكمة من اعطاء نظرة كاملة للمركز القانونى للطرفين فتتفادى اصدار أحكام متناقضة أو أحكام يصعب التوفيق بينها ، كما أنه يؤدى الى نظر دعويين أو أكثر فى خصومة واحدة مما يوفر فى الوقت والجهد والنفقات ويعتبر اعمالا لمبدأ الاقتصاد فى الاجراءات • وأخيرا فان طلب المقاصة القضائية باعتباره أهم الطلبات المقابلة يمكن المدعى عليه من توقى خطر اعسار المدعى فى حالة ما اذا حكم عليه بالدين واضطر الى مقاضاة المدعى فى خصومة مستقلة (٤) •

---

(١) على اساس أن الهجوم هو خير وسائل الدفاع . سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣٢٠ ص ٢٩٣ .

(٢) كيوفندا : نظم — جزء اول بند ١٠٣ ص ٣٠٦ .

(٣) موريل : بند ٣٥٧ ص ٢٩٤ .

(٤) انظر : سوليس وبيرو جزء اول بند ٣٢١ و ٣٢٢ ص ٢٩٨ — ٣٠٠ موريل : بند ٣٥٧ ص ٢٩٥ . زانزوكى : جزء اول بند ٦٩ ص ١٩٧ دونوفريو : جزء اول بند ١٠٢ ص ٨٠ .

وقد فرق القانون ، بالنسبة للطلبات المقابلة ، بين مجموعتين من الحالات (١٢٥ مرافعات) :

(أ) حالات محددة افترض فيها القانون وجود ارتباط بين الطلب الأصلى والطلب المقابل ، فلا يكون للقاضى سلطة فى تقدير وجوده ، بل على القاضى الحكم فى الطلب المقابل (١) • وهذه هى :

١ — طلب المقاصة القضائية : فاذا رفع المدعى دعوى دائنية ضد المدعى عليه ، فان للمدعى عليه أن يرفع دعوى دائنية له فى مواجهة المدعى بوسيلة الطلب المقابل ، ويطلب من المحكمة اجراء المقاصة القضائية بينهما • ولا يشترط الارتباط بين الدينين فيمكن أن يكون سببهما مختلفا (٢) •

٢ — دعوى تعويض المدعى عليه عن الضرر الذى أصابه من الدعوى الأصلية أو من اجراء فيها •

٣ — دعوى التقرير الفرعية : وصورة هذه الدعوى أن يقوم المدعى عليه بانكار وجود رابطة قانونية أوسع من تلك التى يتمسك المدعى بوجودها تستند هذه الأخيرة اليها ، فاذا رفع المدعى دعوى مطالبا المدعى عليه بالاجرة ، فان المدعى عليه لا يدعى الوفاء بالاجرة وانما يتمسك ببطلان عقد الايجار • أو يقوم المدعى عليه بالتمسك برابطة قانونية تعتبر متعارضة مع تلك التى يتمسك بها المدعى ، كأن يطلب المدعى استرداد العقار باعتباره مالكه فيتمسك المدعى عليه بأن له رهن حيازى على العقار يخوله الاحتفاظ به • ويشير القانون المصرى الى دعوى التقرير الفرعية بالنص على أن للمدعى عليه أن يقدم أى طلب يترتب على اجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها • (١٢٥/٢) •

٤ — أى طلب يترتب على اجابته أن يحكم للمدعى بطلباته مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه • ومثاله أن تكون الدعوى باستحقاق العقار ، فيطلب المدعى تقرير حق ارتفاق عليها •

---

(١) نقض مدنى ٢٥ يونيو ١٩٥٩ — مجموعة النقض ١٠ ص ٥١٩ .
(٢) ديباش : مشار اليه — بند ٦٨ ص ٥٧ . وجدى راغب : مبادىء ص ٢٠٦ .

٥ — أى طلب يكون متصلا بالدعوى الأصلية اتصالا لا يقبل التجزئة • ومثاله أن تكون الدعوى بالتعويض عن حادثة تصادم ، فيطلب المدعى عليه تعويضه هو عن نفس الحادثة •

(ب) والى جانب هذه الطلبات ، أجاز القانون للمدعى عليه تقديم أى طلب يكون مرتبطا بالدعوى الأصلية • على أنه يجب عندئذ توافر الارتباط الذى يخضع لتقدير قاضى الموضوع ، كما يجب أن تأذن المحكمة بتقديم الطلب •

ومن المسلم أن للمدعى — بالنسبة للطلب المقابل — تقديم ما لمدعى عليه تقديمه من دفوع • ولكن اختلف الفقه حول جواز تقديمه طلبا مقابلا ردا على الطلب المقابل من المدعى عليه • وقد كانت القاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم هى عدم جواز مثل هذا الطلب reconvention sur reconvention ne vaut ويسلم الفقه الفرنسى بهذه القاعدة كمبدأ عام (١) • على أن الاتجاه الحديث هو أنه لا يوجد ما يمنع من قبول طلب مقابل من المدعى ، ذلك أن المدعى عليه عند تقديمه طلبا مقابلا يعتبر مدعيا ، ويكون المدعى الأصلى فى مركز المدعى عليه • فله — بهذه الصفة — تقديم طلب مقابل لدعوى المدعى (عليه) (٢) •

٢٧٥ — شكل الطلب العارض والفصل فيه : وفقا للمادة ١٢٣ مرافعات يمكن تقديم الطلب العارض اما بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى وذلك اذا قدم الطلب قبل يوم الجلسة ، أو بابدائه شفويا فى الجلسة بشرط أن يكون الخصم الآخر حاضرا • وعندئذ يثبت الطلب الشفوى فى محضر الجلسة • كما يجوز رفع الطلب العارض بمذكرة بشرط أن يثبت اطلاع الخصم عليها (٣) • ويمكن تقديم الطلب العارض حتى قفل باب المرافعة ، فلا تقبل الطلبات العارضة بعد قفل باب المرافعة (٢٣ و ٢/١٢٦) •

---

(١) موريل : بند ٣٦٠ ص ٢٩٧ .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ١٠٢ ص ٧٨ . زانزوكى : جزء أول بند ٦٩ ص ١٩٨ .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤١ ق . و ١٩ مارس ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٤٨٢ — ٧٨ .

على أن من المسلم أنه يمكن طلب فتح باب المرافعة بعد قفله لتقديم طلب عارض ، وللمحكمة السلطة التقديرية الكاملة فى اجابة هذا الطلب (١) .

وتفصل المحكمة فى الطلب العارض والطلب الأصلى معا . على أنه اذا كان الطلب العارض فى حاجة الى تحقيق والطلب الأصلى جاهزا للحكم فيه ، فان المحكمة يجب ألا تعطل الفصل فى الطلب الأصلى وانما تصدر حكمها فيه وتؤجل الفصل فى الطلب العارض الى حين استكمال تحقيقه (المادة ١٢٧) . ومن ناحية أخرى ، اذا كان الطلب العارض جاهزا للحكم دون الطلب الأصلى فان المحكمة تفصل فى الطلب العارض قبل الطلب الأصلى . وتفعل المحكمة هذا عادة بالنسبة للطلب العارض المتضمن دعوى وقتية (٢) .

المبحث الثانى

نظر القضية

المطلب الاول : الجلسة ونظامها

٢٧٦ ـ الجلسة وتاريخها وتأجيلها : الجلسة audience هى فترة زمنية يجلس فيها القاضى (أو القضاة) فى حجرة بمبنى المحكمة التى رفعت اليها الدعوى يساعده أحد الكتبة ويتصل فيها مباشرة بالخصوم ومحاميهم لنظر القضية (٣) . ويحدد تاريخ الجلسة فى صحيفة الدعوى عند ايداعها قلم الكتاب فى حضور المدعى أو من يمثله ــ كما قدمنا (مادة ٦٧) ، وبهذا يتصل تاريخ الجلسة بعلمه . ويتحقق علم المدعى عليه به باعلانه بصورة من صحيفة الدعوى وفقا لما سبق بيانه .

والأصل أن تنظر القضية فى أول جلسة ، فوفقا للمادة ٩٧ « تجرى المرافعة فى أول جلسة » ، ولكن قد تقرر المحكمة تأجيل نظر الدعوى الى جلسة أخرى وذلك اما قبل البدء فى نظر الدعوى أو أثناء نظرها

---

(١) رمزى سيف : بند ٢٣١ ص ٣٧١ ـ ٣٧٢ .

(٢) رمزى سيف : بند ٣٢٢ ص ٣٧٢ .

(٣) ساتا : بند ١١٣ ص ١٨٢ . دونوفريو : جزء أول بند ٣٤ ص ٢٤٧ .

لها (١) . وهذا القرار قد يصدر من تلقاء نفس المحكمة لأى سبب يقتضيه (٢) ، كما لو وجدت أن جدول الجلسة مزدحم بقضايا أكثر مما تستطيع نظره فى يوم واحد ، وقد يصدر بناء على طلب أحد الخصوم . وعلى المحكمة اجابة الخصم الى طلبه تأجيل نظر الدعوى ، اذا كان هذا التأجيل مما يقتضيه صيانة حق الدفاع ، كما لو طلب الخصم الذى قدم فى مواجهته طلب عارض التأجيل للرد على هذا الطلب وتقديم ما لديه من مستندات ردا عليه . أما اذا تبين للمحكمة أن الدعوى مستوفاة ، فهى ليست ملزمة بالاستجابة للطلب (٣) . وأيا كان الأمر ، فان المحكمة هى التى تحدد — حسب تقديرها — التاريخ الذى تؤجل الجلسة اليه . على أنه يلاحظ أنه وفقا للمادة ٩٨ لا يجوز تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع الى أحد الخصوم . وهو ما يعنى أنه ليس للمحكمة اجابة طلب خصم التأجيل لسبب معين الا مرة واحدة . وعندئذ يكون التأجيل وفقا لنفس النص — لفترة لا تتجاوز ثلاثة أسابيع . على أن النص لا يمنع تكرار التأجيل لنفس السبب — ولو بناء على طلب الخصم — اذا كان سبب التأجيل لا يرجع اليه كما هو الحال بالنسبة للتأجيل حتى يقدم الخبير تقريره . كما أن هذا النص لا يمنع تكرار التأجيل — ولو كان سبب التأجيل يرجع للخصم — اذا كان السبب مختلفا فى كل مرة . والهدف من هذا النص هو تلافى تعطيل نظر القضية ، فيجب ألا يكون من شأنه شل يد القاضى أو المساس بما يراه مناسبا صيانة لحق الدفاع أو ملائما لامكانه الفصل فى الدعوى . ولهذا من المقرر أن هذا النص تنظيمى لا يترتب على مخالفته من القاضى أى بطلان (٤) .

---

(١) كما ان لها تأجيل النطق بالحكم بعد انتهاء المرافعات .

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ٢٧٣ ص ٢٢١ .

(٣) نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٤١٤ — ٢٦٨ .

(٤) رمزى سيف : بند ٤٤٣ ص ٥٥٨ . ابو الوفا : بند ٤٤٧ ص ٦٠١ .

٢٧٣ — علانية الجلسات : من المبادىء الأساسية لضمان حسن أداء العدالة انعقاد الجلسات بصفة علنية (مادة ١٠١) . فيكون للجمهور دخول قاعة الجلسة سواء لسماع المرافعات أو عند النطق بالحكم (١) . وبهذا يكون للرأى العام مراقبة أداء القضاء لوظيفته (٢) ، وهو ما يؤدى الى ازدياد الثقة فى تطبيقه للقانون . ولتأكيد احترام هذا المبدأ من المقرر أنه لا يكفى مراعاته فعلا ، بل يجب أن يتضمن الحكم الصادر فى القضية ما يشير الى انعقاد الجلسة علنا والا كان باطلا (٣) .

على أنه يلاحظ أن تحقق العلانية لا يقتضى بالضرورة السماح للجميع بدخول الجلسة ، فقد يضطر المشرف على النظام الى أن يقتصر الدخول على عدد محدود يتناسب مع حجم صالة المحكمة ، وقد يكون الدخول ببطاقات محدودة العدد مقدما بالنسبة لبعض القضايا الهامة التى تثير رغبة لدى كثيرين لحضورها . وليس فى هذا مخالفة لمبدأ الغلانية . ومن ناحية أخرى ، فقد تقضى اعتبارات معينة تتصل بصيانة أسرار العائلات أو بحفظ أسرار الدولة أو بالآداب العامة جعل الجلسة سرية (٤) . وقد يقدر المشرع هذا مقدما ، فينص على نظر قضية معينة لافى الجلسة وانما فى غرفة المشورة . وقد يترك أمر تقدير ذلك الاعتبار للمحكمة ، فتأمر المحكمة بجعل الجلسة سرية .

(أ) فاذا نص القانون على نظر القضية فى غرفة المشـــورة ، فأنها تنظـــر فى الغرفة المخصصة لتداول القضاة (٥) ولا يحضرها سوى الخصوم ومحاموهم . وعادة يقوم القضاة بالاعمال الولائية فى غرفة المشورة ، على أنه توجد أيضا بعض الدعاوى التى تنظـــر فى هذه الغرفة . ويجب لهذا وجود نص قانونى صريح . فاذا نظرت المحكمة قضية فى غرفة المشورة مما كان يجب نظرها فى الجلسة ، فان قرارها يكون باطلا بطلانا يتعلق بالنظام

(١) فنسان : بند ٣٩٩ ص ٥٢١ .
(٢) ليبمان : جزء اول بند ١٠١ ص ١٩٣ .
(٣) موريل : بند ١٢٠ ص ١١٩ .
(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٢٠ ص ٤٢٤ .
(٥) موريل : بند ٨٨ ص ٩٣ .

العام لمخالفته لمبدأ العـلانية . واذا نص القانون على نظر قضـية فى غرفة المشورة فيجب على المحكمة احترام ارادة المشرع هذه ، فاذا خالفته بأن نظرت هذه القضية فى جلسة علنية فان حكمهـا أيضا يكون باطلا (١) . ويختلف نوع بطلانه بحسب نوع المصلحة التى أراد القانون حمايتها بتطلبه نظـر القضية فى غرفة المشورة (٢) .

(ب) وللمحكمة أن تقرر ولو من تلقاء نفسها جعـل الجلسـة سرية « محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة » (مادة ١٠١) . وعندئذ يؤمر باخراج الجمهور من الجلسة أن كانت قد بدأت علنية ، ولا يسمح بالحضور الا للخصوم ومحاميهم . على أنه يلاحظ أنه أيا كانت الاعتبارات التى تقتضى جعل الجلسة سرية ، فان الحكـم يجب أن يصدر دائما بصفة علنية ، والا كان الحكم باطلا (٣) .

وتأكيدا لمبدأ العلانية ، لكل شخص ولو لم يكن طرفا فى الخصومة أن يحصل على نسخة من محضر الجلسة العلنية . كمـا أن للصـحف نشر المرافعات والحكم . فاذا كانت الجلسة سرية ، فان لها أن تنشر الحكم دون المرافعات (٤) .

٢٧٨ ــ ضبط النظام بالجلسة : القاضى هو الذى يرأس الجلسة ويشرف عليها . وعلى جميع من يحضر الجلسة واجب احترامه والامتناع عن كل ما يعكر صفو الهدوء أو النظام أو الأمن بالجلسة (٥) . واعمالا لسلطة القاضى فى ضبط الجلسة :

(أ) اذا أخل أحد الحاضرين بنظام الجلسة ، أمره القاضى بالخروج . فان لم يتمثل وتمادى فى اخلاله ، فللمحكمة الحكم عليـه فورا بالحبس

(١) نقض أحوال شخصية ١٦ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٦ لسنة ٥١ ق .

(٢) موريل : بند ٢٠٣ ص ١٨٣ .

(٣) فنسان : بند ٣٩٩ ص ٥٢١ . نقض مدنى ٥ مايو ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ٥٥٧ ــ ٩١ .

(٤) وتلاحظ التفرقة بين النشر فى الصحف اختيارا كخبر او تحقيق صحفى ، وبين نشر الحكم وجوبا بناء على أمر المحكمة على سبيل التعويض او نشره لمصلحة الغير (موريل : بند ١٢٠ ص ١٢٠) .

(٥) موريل : بند ١٢٠ ص ١١٩ . فنسان : بند ٤٧٤ ص ٥٢١ .

أربعا وعشرون ساعة أو بغرامة جنيه واحد . ويكون حكمها غير قابل للطعن . فاذا كان الاخلال قد وقع ممن يؤدي وظيفة في المحكمة ، ولو لم يكن موظفا بها كما هو الحال بالنسبة للخبير ، كان للمحكمة أن توقع عليه في الجلسة الجزاء التأديبي الذي يملك رئيس المصلحة توقيعه عليه وفقا للقانون . على أن للمحكمة أن تعدل عن حكمها — سواء الجنائي أو التأديبي — قبل انتهاء الجلسة (مادة ١٠٤) .

(ب) اذا ارتكب أحد الحاضرين جنحة تعـد على هيئة المحكمة أو على أحد أعضائها أو احد العاملين بها اثناء انعقاد الجلسة ، فللمحكمة أن تحاكمه وتحكم عليه فورا بالعقوبة . ويكون حكمها نافذا ولو حصـل استئنافه (مادة ١٠٧/١و٣) .

(جـ) يأمر رئيس الجلسة بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقاد الجلسة ثم يأمر باحالة الاوراق الى النيابة العامة . فاذا كانت الجريمة جناية أو جنحة كان له اذا اقتضت الحال الامر بالقبض على من وقعت منه . (مادة ١٠٦) .

على أن النصوص المتقدمة جميعها (١٠٤ و ١٠٦ و ١٠٧) لا تسرى على المحامى اذا وقع منه أثناء وجوده بالجلسة لأداء واجبه أو بسـببه اخلال بالنظام أو أى أمر يستدعى مؤاخذته تأديبيا أو جنائيا ، اذ يخضع لقواعد خاصة تنص عليها المادتان ١/٤٩ و ٥٠ من قانون المحاماة الهدف منها ضمان استقلاله فى أدائه لواجبه صيانة لحق الخصوم فى الدفاع[1].

---

(١) المادة ١/٤٩ « واستثناء من الاحكام الخاصة بنظام الجلسـات والجرائم التى تقع فيها المنصوص عليها فى قانون المرافعات والاجراءات الجنائية اذا وقع من المحامى اثناء وجوده بالجلسة لاداء واجبه او بسـببه اخلال بنظام الجلسـة او اى امر يستدعى محاسـبته نقابيا او جنائيا ، يأمر رئيس الجلسـة بتحرير مذكرة بما حدث ويحيلها الى النيابة العامة ويخطر النقابة الفرعية المختصة بذلك » .

مادة ٥٠ : « فى الحالات المبينة بالمادة السابقة لا يجوز القبض على المحامى او حبسـه احتياطيا ، ولا ترفع الدعوى الجنائية فيها الا بأمر من النائب العام او من ينوب عنه من المحامين العامين الاول .

ولا يجوز ان يشترك فى نظر الدعوى الجنائية او الدعوى التأديبية المرفوعة على المحامى احد من اعضاء الهيئة التى وقع الاعتداء عليها » .

٢٧٩ ــ محضر الجلسة : يكون لكل جلسة محضر يحرره كاتب المحكمة الذى يحضر هذه الجلسة . وعليه أن يوقع هذا المحضر مع القاضى « والا كان العمل باطلا » (مادة ٢٥) . ويدون الكاتب فى هذا المحضر ساعة افتتاح الجلسة وساعة اختتامها وأسماء القضاة وبيان الدعاوى التى طلبت وأسماء الخصوم والمحامين فيها وما حدث من وقائع بشأنها . ووفقا للمادة ٣/٥٢ من قانون المحاماة « يجب اثبات جميع ما يدور فى الجلسة فى محضرها » . ويعتبر محضر الجلسة ورقة رسمية له حجية الأوراق الرسمية فى الاثبات ، فلا يجوز دحض ما جاء فيه الا بالادعاء بالتزوير (١) . ومن ناحية أخرى ، فانه اذا تصالح الخصوم فان لهم اثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة . وعندئذ يوقع هذا المحضر منهم أو من وكلائهم . فاذا كان اتفاقهم مكتوبا أثبت الكاتب فحوى هذا الاتفاق فى المحضر والحق ورقة الاتفاق به . ويكون لمحضر الجلسة المثبت للصلح فى الحالتين قوة السند التنفيذى (مادة ١٠٣) .

المطلب الثانى : الدفاع فى القضية

اولا : دفاع الخصومة بصفة عامة

٢٨٠ ــ الحق فى الدفاع وتقديم المستندات : يقصد بالدفاع فى القضية بصفة عامة ابداء الخصم لوجهة نظره أمام القضاء فيما قدمه هو أو قدمه خصمه من ادعاءات . ومن المقرر وجوب ضمان حق الدفاع للخصوم فى أية حالة كانت عليها الاجراءات . ونتيجة لهذا ، فان على المحكمة افساح المجال للخصوم لاستعمال حقهم فى الدفاع ، فليس لها القيام بأى اجراء من شأنه انتهاك هذا الحق (٢) . ولهذا لا يجوز للمحكمة قبول أية أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم ــ فى غير جلسة ــ دون اطلاع

---

(١) نقض مدنى ٧ مايو ١٩٦٤ ــ مجموعة النقض ١٥ ــ ٦٤٣ ــ ١٠٢ (الشهادة الصادرة من قلم الكتاب للتدليل على أن الهيئة التى أصدرت الحكم هى بذاتها التى سمعت المرافعة لا تصلح دليلا لنفى ما ورد فى محضر الجلسة على خلاف ذلك) .

(٢) ليبمان : جزء أول بند ١٢٦ ص ٢٢٩ .

خصمه عليها أو اعلانه بها (١) . فاذا قدمت مذكرة من أحد الخصوم لا تحمل أى بيان يفيد سبق اعلانها للخصم أو اطلاعه عليها ، فان هذه المذكرة تعتبر غير قائمة قانونا أمام المحكمة باعتبارها ورقة من أوراق الدعوى . وبالتالى لا يعتبر الدفاع الوارد فيها مطروحا على المحكمة ولا تلتزم بالرد عليه (٢) . فاذا قبلت المحكمة مثل هذه المذكرة ، فانها يجب ألا تعول عليها أو تتأثر به فى حكمها والا كان الحكم باطلا (٣) . ولا يستثنى من هذا الا أن تكون المذكرة غير متضمنة دفاعا جديدا (٤) . ولا يسوغ الخروج عن هذه القاعدة أن تكون المحكمة نفسها قد أذنت للخصم بايداع مذكرته بملف الدعوى دون اعلان خصـمه بها ، فليس لاذن من المحكمة أن يغير قاعدة وضعت لضمان حق الدفاع وتأكيد مبدأ المواجهة (٥) .

على أنه يقوم مقام اعلان الخصم أو اطلاعه على المذكرة ، أية واقعة تفيد هذا الاطلاع وتحقق الغاية منه وهو اتاحة الفرصة للخصم للرد على دفاع خصمه . ولهذا فان قيام الخصم بالرد فى مذكرته على دفاع خصمه الوارد فى مذكرة لم تعلن اليه أو لم يطلع عليها يحقق الهدف من هـذا الاطلاع . ولا يشوب الحكم الذى يشير الى ذلك الدفاع والى الرد عليه بطلان . هذا ولو كانت المحكمة لم تأذن بتقديم المذكرة أو المستند (٦) .

ومن ناحية أخرى ، فان وجوب اعلان الخصم أو اطلاعه على ما يقدمه خصمه يتعلق فقط بما يقدم فى غير جلسة . أما يقدمه الخصوم بالجلسة

---

(١) نقض تجارى ١٥ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٤٩ ق .

(٢) نقض مدنى ٢ فبراير ١٩٧٦ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ — عدد ١ ص ١٥٥ — بند ١١ .

(٣) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٧٣ — المحاماة ٥٨ — ٤٨ — ٣٣ . و ٢٦ اكتوبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٨٤٤ — ١٣٨ .

(٤) فاذا كانت المذكرة تتضمن دفاعا جديدا كان الحكم باطلا (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٩٤٦ — ١٥٩) .

(٥) نقض مدنى ٤ نوفمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٥٩ — ٢٥٩ .

(٦) نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٧٢٧ — ٣٢٣ .

من مذكرات أو مستندات فانها لا تعلن للخصم ولو كان غائبا ، اذا المفروض أن يتابع كل خصم قضيته ويطلع على ما يبدى فى جلساتها من دفاع وما يقدم من أوراق (١) .

والدفاع فى القضية ليس واجبا على الخصم بل هو حق له . فله أن يبدى دفاعه على الوجه الذى يريد . ويكفى لضمان حقه فى الدفاع أن يمكن من ابدائه ، أما ابداؤه بفاعلية فأمر يتوقف عليه (٢) . ونتيجة لهذا ، فان المحكمة ما دامت لم تقيد الخصم فى دفاعه لا تعتبر أنها قد أخلت بحق الخصم فى الدفاع اذا لم تلفت نظره الى حقه فى هذا الدفاع أو الى مقتضياته أو تكلفه بتقديم الدليل عليه (٣) . ومن ناحية أخرى ، اذا قدم الخصم دفاعا لم يقم الدليل عليه ، فلا يعيب الحكم اغفاله التحدث عنه (٤) .

على أن استعمال الحق فى الدفاع مقيد بأن يكون بالقدر اللازم للغرض منه . فاذا انحرف الخصم فى استعماله لهذا الحق عما شرع له أو تجاوزه بنسبة أمور شائنة لخصمه ماسة باعتباره وكرامته ، فانه يكون مسئولا عما ينشأ عن خطئه هذا من ضرر (٥) .

وصيانة حق الدفاع لا يحول دون تنظيم المحكمة له . ولهذا فان للمحكمة أن تحدد مواعيد للخصوم لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم . واذا قدمت المذكرة بعد الميعاد ، فان للمحكمة أن ترفض قبولها وتعتبر الدفاع الوارد بها غير مطروح عليها (٦) . على أن هذا التنظيم وان الزم الخصوم لا يلزم المحكمة ، فللمحكمة — ان رأت ذلك — أن تقبل مذكرة أو مستندا

---

(١) نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٧٩ — الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق .
(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٦٨ ص ٣٢٣ .
(٣) نقض مدنى ١٣ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٤٠ — ١٦٣ . و ٢١ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٤٣٩ — ٧٠ .
(٤) نقض مدنى ٨ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٨٩ — ٩٣ .
(٥) ولا يمنع تحقق المسئولية اثبات صحة ما نسبه الى خصمه (نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٢٤ — فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق) .
(٦) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٦١٠ — ١٢٢ .

بعد الميعاد الذى حددته . فان فعلت فان المذكرة تعتبر قائمة قانونا أمامه باعتبارها ورقة من أوراق الدعوى (١).

ومن ناحية أخرى ؛ فان محكمة الموضوع مادامت قد أفسحت المدى المعقول لتمكين الخصوم من الدفاع . فهى ليست ملزمة باجابتهم الى طلب التأجيل لابداء دفاع أو تقديم مذكرة به (٢).

واخيرا فان صيانة حق الدفاع لا يحول دون تنظيم المشرع لاستعماله . وقد حرص القانون المصرى فى هذا الشأن على وضع قواعد من شأنها عدم اضاعة وقت المحكمة عبثا وعدم مباغتة الطرف الآخر فيضطر الى طلب التأجيل مما يعطل نظر القضية . وهذه القواعد هى (مادة ٦٥) :

١ — على المدعى أن يرفق بصحيفة دعواه عند ايداعها جميع المستندات المؤيدة لها ، ومذكرة شارحة لهذه الدعوى ؛

٢ — على المدعى عليه ، قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل ، أن يودع قلم الكتاب مذكرة بدفاعه . وعليه أن يرفق بهذه المذكرة مستنداته المؤيدة لدفاعه فيها . ولا يعفى المدعى عليه من هذا الواجب الا بالنسبة للدعاوى المستعجلة والدعاوى الموضوعية التى انقص ميعاد الحضور فيها . وعلة هذا الاعفاء هو أن قصر ميعاد الحضور لا يمكن المدعى عليه من القيام بالايداع قبل الجلسة بثلاثة أيام .

٣ — لا يقبل بعد ذلك من المدعى أو من المدعى عليه تقديم مستندات جديدة حتى لا يتعطل نظر القضية ، ولكن صيانة لحق الدفاع يجوز لاى منهم أن يقدم (٩٧ مرافعات) :

(ا) المستندات التى ما كان يستطيع تقديمها فى الميعاد ، كما لو تعلق الأمر بمستندات حصل عليها المدعى بعد رفعه الدعوى .

---

(١) نقض مدنى أول ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٧١٣ — ١٤٠ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٢٦٦ — ٢٠٦ .

(ب) المستندات التى ما كان يتصور تقديمها فى ذلك الميعاد ، كما لو تعلق الأمر بمستندات يقدمها الخصم تأييدا لرده على دفاع الخصم أو طلباته العارضة . وفى هذه الحالة ، يكون للخصم الحق فى طلب التأجيل لاعداد رده وتقديم مستندات الرد . وتؤجل المحكمة نظر الدعوى الى الميعاد الذى تراه مناسبا (١) .

(جـ) المستندات التى كان يستطيع تقديمها فى الميعاد . وعندئذ اذا ترتب على قبول المستند تأخير نظر القضية ، بأن اضطرت المحكمة ــ صيانة لحق الدفاع ــ الى التأجيل بناء على طلب الخصم الآخر للاطلاع على المستندات والرد عليها ، وجب على المحكمة الحكم على مقدم المستند بغرامة من ثلاثة الى عشرين جنيها (مادة ٩٧ مرافعات) .

ويلاحظ أن المذكرة الشارحة والمستندات المقدمة من المدعى مرفقة بصحيفة دعواه أو المقدمة من المدعى عليه قبل الجلسة بثلاثة أيام ، لاتعلن الى الطرف الآخر . ويعتبر هذا استثناء على القاعدة العامة سالفة الذكر التى تقرر أنه لا يجوز لخصم أن يودع مذكرة أو مستندا فى غير جلسة دون اعلانها للخصم الآخر أو اطلاعه عليها . وهو استثناء لا يجوز اعماله الا ــ كما تنص المادة ٦٥ ــ قبل ان تطرح الدعوى امام المحكمة . أما بعد ذلك ، فيجب اعمال القاعدة العامة (٢) .

٢٨١ ــ **المرافعات** : المرافعة ــ اصطلاحا ــ هى الشرح الشفوى من الخصم أو محاميه للادعاءات ــ أو أوجه الدفاع ــ وأسانيدها أمام المحكمة (٣) . وتسمع المحكمة أولا مرافعة المدعى أو محاميه ثم تسمع مرافعة المدعى عليه أو محاميه (٤) . وللمحكمة أن تستمع الى أيهما أكثر من مرة وفقا لما تراه حتى تتضح لها الحقيقة بما فيه الكفاية ، على أنها

---

(١) رمزى سيف : بند ٤٤٣ ص ٥٥٦ .
(٢) نقض مدنى ٢٨ ابريل ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٧٤٥ ــ ١٢١ .
(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٧٢ ص ٢٢٠ .
(٤) واذا كان هناك متدخل اختصامى ، فانه يسمع ــ بخصوص طلبه ــ اولا باعتباره مدعيا قبل كل من المدعى والمدعى عليه .

يجب أن تراعى دائما أن « يكون المدعى عليه آخر من يتكلم » (مادة ١٠٢) • ولا يستثنى من هذه القاعدة الا أن تكون النيابة متدخلة فى الخصومة ، اذ عندئذ تكون هى — كما قدمنا — آخر من يتكلم (مادة ٩٥/٢) •

وللخصوم ومحاميهم الحق فى ابداء أقوالهم بالجلسة • فلا يجوز للمحكمة مقاطعتهم • ولا يكون المحامى مسئولا عما يورده فى مرافعته الشفوية أو فى مذكراته المكتوبة مما يستلزمه حق الدفاع (٤٧ من قانون المحاماة) •على أن للمحكمة أن تستوقف المرافعة لكى تطرح ما تراه مفيدا من الأسئلة أو لابداء ما يعن لها من ملاحظات • كما أن لها — تطبيقا لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة — أن تمنع أى خصم أو محاميه من الاسترسال فى المرافعة اذا كان كلامه خارجا عن موضوع القضية أو عما يقتضيه الدفاع فيها (مادة ١٠٢) • ولهذا فان للمحكمة أن تنبه الخصم أو محاميه الى عدم استعمال عبارات جارحة أو مخالفة للآداب أو النظام العام فى مرافعاته، فان لم ينتبه كان لها منعه من الاسترسال فى المرافعة مع الأمر بمحو مايكون قد أثبت من هذه العبارات فى محضر الجلسة • ولها — اعمالا لنفس السلطة — الأمر بمحو أية عبارة من هذه العبارات اذا كانت قد وردت فى ورقة من أوراق المرافعات أو المذكرات • ولها هذه السلطة ولو تضمنت هذه العبارات دفاعا للخصم (١) • وهى تأمر بالمحو سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر ، على أن الأمر يدخل فى سلطتها التقديرية فلا معقب عليها من محكمة النقض اذا هى أغفلت هذا الطلب (٢) أو لم تبين سببا لرفضه •

٢٨٢ — **قفل باب المرافعة وفتحه :** بعد انتهاء المرافعات ، واتضاح الحقيقة للمحكمة ، يأمر رئيس الهيئة بقفل باب المرافعة أى بانتهاء مرحلة الدفاع فى القضية ، وذلك تمهيدا لاصدار الحكم • وبعبارة أخرى — أكثر

---

(١) نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٤١٤ — ٦١ •
(٢) نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٦٧٦ — ١٠٢

شيوعا فى العمل ـ يأمر بحجز القضية للحكم (١) . وبقفل باب المرافعة تنقطع صلة الخصوم بالقضية ولا يكون لهم اتصال بها الا بالقدر الذى تصرح به المحكمة (٢) . ونتيجة لهذا (٣) ليس للخصوم بعد قفل باب المرافعة تعديل طلباتهم أو تقديم أى طلب عارض (مادة ١٢٣) كما لايجوز للغير التدخل فى الخصومة سواء كان تدخله انضماميا أو اختصاميا (١٢٦/٢) . ومن ناحية أخرى ، ليس لأى من الخصوم ـ بعد قفل باب المرافعة ـ تقديم مذكرات أو ايداع مستندات . فاذا قدم طلبا أو دفاعا أو مستندا ، فان على المحكمة تجاهله واعتباره غير قائم أمامها . ولهذا فهى لا تلتزم بالرد عليه (٤) . وليس لها أن تستند اليه فى حكمها والا كان الحكم باطلا .

على أن للمحكمة عندما تأمر بقفل باب المرافعة أن تصرح للخصوم بتقديم مذكرات أو بايداع مستندات فى ميعاد معين تحدده . وعندئذ يكون باب المرافعة مفتوحا خلال هذا الميعاد ، فباب المرافعة لا يقفل الا بانتهاء هذا الميعاد . على أن هذا الباب لا يعتبر مفتوحا الا بالقدر الذى صرحت به المحكمة . ولهذا اذا صرحت المحكمة للخصوم بتقديم مذكرات ، فان لهم هذا (٥) ولكن ليس لهم تقديم مستندات ولو أرفقت بالمذكرة

---

(١) وقد يكون قفل باب المرافعة ضمنيا بقيام المحكمة بالمداولة أو بتحديد جلسة النطق بالحكم .

(٢) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٥٤٧ ـ ٢٢٧ .

(٣) ومن نتائجه ايضا ان الخصومة لا تنقطع ولو تحقق سبب الانقطاع ما دام ذلك بعد قفل باب المرافعة .

(٤) نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٧٠ ـ فى الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٣٤ ق .

(٥) كما ان للخصم ـ اذا صرح له بتقديم مذكرة ـ ان يعدل طلبه بواسطة هذه المذكرة (نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ ـ المحاماه ١٧ ـ ٤٦٧ ـ ٦٥) ، او ان يقدم طلبا عارضا مادام قد اعلن قبل انتهاء اليوم الذى حدد لقفل باب المرافعة (نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٧٧ فى الطعن ٥٢٢ لسنة ٤١ ق) .

المصرح بتقديمها (١) . فاذا انقضى الميعاد ، أعتبر باب المرافعة مقفولا بأكمله . فيستبعد ما يقدم بعد ذلك من مذكرات أو مستندات (٢) ، ولا تلتزم المحكمة بالرد على ما تتضمنه المذكرة (٣) . واذا لم يقدم أحد الخصوم مذكرة خلال هذا الميعاد ، فان المحكمة لاتلتزم بأن تمد له الأجل الذى حددته له لتقديم المذكرة ، ولو أجلت اصدار حكمها لجلسة أخرى (٤) .

ويجوز للمحكمة بعد قفل باب المرافعة أن تقرر ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الخصم ، فتح باب المرافعة من جديد . ويصدر هذا القرار علنا فى الجلسة . ووفقا للمادة ١٧٣ لا يجوز فتح باب المرافعة الا « لأسباب جدية » تبين فى ورقة الجلسة وفى المحضر . ومثال هذه الأسباب أن تحدث واقعة جديدة لها تأثير على الفصل فى القضية أو تظهر واقعة لم تكن معلومة لها هذا الشأن (٥) . وقد يوجب القانون فتح باب المرافعة نتيجة لواقعة معينة كما لو توفى أحد أعضاء الدائرة بعد قفل باب المرافعة وقبل المداولة اذ عندئذ يتعين فتح باب المرافعة حتى يتحقق ما ينص عليه القانون من أن يشترك فى المداولة من سمع المرافعة من القضاة (مادة ١٦٧ مرافعات) . وفيما عدا هذه الحالات الواجبة ، فان فتح باب المرافعة يدخل فى السلطة التقديرية الكاملة للمحكمة . ولهذا فان المحكمة لا تلتزم باجابة طلب الخصم بفتح باب المرافعة (٦) ، ولا بابداء أسباب لعدم الاستجابة لهذا الطلب (٧) ، بل هى تستطيع تجاهل الطلب فلا تشير اليه فى حكمها (٨) . على أن كل هذا يفترض أن المحكمة

(١) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٦٨ — مشار اليه .
(٢) نقض مدنى ١٠ يونيو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٧٦٠ — ١٢٠ .
(٣) نقض مدنى ٢٦ أكتوبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٨٤١ — ١٣٧ .
(٤) نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٨٥ — ٣٣
(٥) فنسان : بند ٤٧٣ ص ٤٦٨ — ٤٦٩ (الطبعة ١٤ سنة ١٩٦٩) .
(٦) نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٤٤ — ١٤٠ و ٣٠ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٥٠ — ٤٤ .
(٧) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٢٧٦ — ١٩٢ .
(٨) مما يعتبر رفضا ضمنيا له . نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٨٣ — فى =

قد مكنت الخصوم من ابداء دفاعهم وأتاحت لهم الفرصة للرد على ما أثير فى الدعوى — بعد حجزها للحكم — من دفوع جديدة . فاذا كان فتح باب المرافعة ضروريا لتمكين أحد الخصوم من استعمال حقه فى الدفاع ، فان المحكمة تكون ملزمة بفتحه والا كان حكمها باطلا (١) .

واذا أمرت المحكمة بفتح باب المرافعة فيجب أن يكون ذلك فى حضور أطراف الخصومة ، فاذا كان بعضهم غائبا ، فانها تأمر الحاضر من الخصوم باعلان الغائبين . فاذا صدر القرار فى غيبة جميع الخصوم ، كلفت المحكمة قلم الكتاب باعلانهم به (٢) . فاذا لم يعلن أحد الخصوم به — ولم يكن حاضرا النطق به — كانت الاجراءات التالية فى مواجهته باطلة (٣) .

= الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٢ ق . ونقض ايجارات ١٠ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٠٣٩ .

(١) نقض ايجارات ١٥ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٤٩ ق . وتطبيقا لهذا حكمت محكمة النقض بانه : اذا كان طرفا الخصومة فى الاستئناف قد طلبا حجز الاستئناف للحكم مع تقديم مذكرات ، فقررت المحكمة حجز القضية مع الترخيص لمن يشاء من الخصوم بتقديم مذكرة خلال عشرة ايام دون أن تحدد موعدا لكل من الطرفين ليقدم مذكرته خلاله حتى تتاح الفرصة للاخر للرد عليه . فتقدم احد الطرفين بمذكرة سلمت صورتها للاخر قبل انقضاء اجل تقديم المذكرات بيوم واحد تضمنت لاول مرة دفعا ببطلان اعلان صحيفة الاستئناف واخر باعتبار الاستئناف كان لم يكن . فطلب الاخير اعادة الدعوى للمرافعة ليتمكن من الرد على هذين الدفعين ، فلم تستجب المحكمة للطلب ثم عولت فى قضائها على ما دفع به الخصم فى مذكرته المشار اليها فحكمت باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ، فانها بذلك تكون قد صادرت حق الطاعن فى الرد على ما أثير فى الدعوى من دفوع جديدة مما يعد اخلالا بمبدأ المواجهة بين الخصوم وخروجا على القواعد الاساسية التى تكفل عدالة التقاضى ويكون الحكم المطعون فيه قد شابه بطلان لاخلاله بحق الدفاع » نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٨ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ — عدد ١٣ ص ٢١٧ رقم ٢٤) .

(٢) ولا يغنى عن اعلان الغائب او حضوره صدور القرار بناء على طلب مقدم منه قبل الجلسة . (نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٩٠ — ١٣٩) أو قرار المحكمة باعتبار النطق بقرارها اعلانا له (هيئة المواد المدنية والتجارية ٤ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٢ — ٥٢). اذ لا يجوز للمحكمة أن تقرر اغفال اجراء يوجبه القانون . (نقض مدنى ٥ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٥ ق) . ولكن يغنى عنه حضور للغائب أو من يمثله جلسة المرافعة التى تعاد اليها الدعوى (نفس حكم الهيئة العامة) .

(٣) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٢ مايو ١٩٧٢ — مشار اليه . ابو الوفا : ص ٧٢٣ وحاشية ١ .

ثانيا : دفاع المدعى عليه

لا صطلاح الدفاع معنى خاص يتعلق بالمدعى عليه ، فمن المقرر أنه لمجرد واقعة رفع الدعوى على شخص ، تنشأ له مصلحة فى عدم الحكم للمدعى بطلبه . وهو ما يعبر عنه بالحق فى الدفاع . وهذا الحق للمدعى عليه يقابل حق المدعى فى الالتجاء الى القضاء (١) . وينشأ نتيجة لاستعماله . ودفاع المدعى عليه فى القضية ينقسم الى ثلاثة أنواع : دفاع موضوعى ودفوع تتعلق بالاجراءات ودفوع بعدم القبول . وذلك على التفصيل الآتى :

١ ــ الدفاع الموضوعى

٢٨٣ ــ الدفاع الموضوعى والدفع الموضوعى : قد يقوم المدعى عليه فى سبيل الحصول على حكم برفض الدعوى ، بما يأتى :

(أ) انكار الوقائع المنشئة التى تمسك بها المدعى كأساس لطلبه أو انكار الآثار القانونية التى ينسبها المدعى الى هذه الوقائع . كما لو أنكر المدعى عليه ــ فى دعوى دائنية ــ العقد مصدر الالتزام ، أو أنكر أنه يلتزم ــ كما هو مدعى به ــ وفقا لهذا العقد .

(ب) التمسك بواقعة معاصرة لنشأة الواقعة التى يتمسك بها المدعى من شأنها منع هذه الواقعة الأخيرة من انتاج كل أو بعض آثارها القانونية . كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بابطاله للغلط .

(جـ) التمسك بواقعة منهية من شأنها انهاء آثار الواقعة المنشئة التى تمسك بها المدعى ، كما لو تمسك المدعى عليه بالوفاء .

ويطلق فقه المرافعات المصرى اصطلاح الدفوع الموضوعية على هذه الصور الثلاث (٢) . فالدفع الموضوعى عندهم هو كل ما يعترض به المدعى عليه على الحق المطلوب حمايته من المدعى . وهو بهذا يطابق اصطلاح الدفاع الموضوعى La défense au Bond فى الفقه الفرنسى (٣) .

---

(١) ليبمان : جزء أول ص ٥٥ .

(٢) رمزى سيف : بند ٣٢٣ ص ٣٧٤ . وجدى راغب : مبادىء ص ٢١١ .

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٣٠٤ ص ٢٨٢ . موريل : بند ٤٦ ص ٤٩ .

والواقع أن مجرد انكار الوقائع المنشئة أو انكار آثارها لا يمكن أن يعتبر دفعا بالمعنى الصحيح (١) ، ذلك أن القاضى لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع المنشئة الا بعد اثباتها من المدعى ، كما أنه يجرى عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه . فلا يعدو انكار المدعى عليه للواقعة أو انكار آثارها تنبيه القاضى الى واجبه بالنسبة لها . ولهذا فان اصطلاح الدفع الموضوعى يجب قصره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهية ترمى الى رفض الدعوى (٢) . فبهذا التأكيد يدخل المدعى عليه فى القضية وقائع غير تلك التى أكدتها الطلبات ، يقع عليه عبء اثباتها .

على أن لاصطلاح الدفع الموضوعى معنى آخر ضيق ، ذلك أن الوقائع المانعة أو المنهية التى يتمسك المدعى عليه بها تنقسم الى طائفتين :

(أ) وقائع على القاضى أخذها فى اعتباره من تلقاء نفسه ما دامت قد قدمت اليه ضمن مستندات القضية سواء من المدعى أو المدعى عليه ولو لم يتمسك بها المدعى عليه . ومثالها واقعة عدم مشروعية السبب أو واقعة الوفاء بالدين . وعندئذ يكون التمسك بالواقعة من جانب المدعى عليه هو مجرد تقديم واقعة للقاضى لم تقدم اليه أو مجرد لفت انتباهه الى واجبه فى الخصومة . ولا تكون هناك حاجة — من الناحية القانونية — لفكرة الدفع .

(ب) وقائع ليس لها أثر فى حكم القاضى الا اذا تمسك بها المدعى عليه بقصد رفض الدعوى ومثالها واقعة الغلط أو التدليس أو نقص الاهلية فاذا تمسك بها حكم القاضى برفض الدعوى . فرفض الدعوى عندئذ يكون نتيجة لاستعمال حق محدد للمدعى عليه . وهذا هو الدفع الموضوعى بالمعنى الضيق (٣) . فالدفع يتميز بأنه يتعلق بواقعة ليس للقاضى اعمال آثارها من تلقاء نفسه . وهو بهذا يقابل حق الدعوى ، اذ ليس للقاضى

---

(١) عبد الباسط جميعى : شرح قانون الاجراءات ص ٤١٣ .
(٢) ليبمان : جزء أول ص ٥٤ .
(٣) كيوفندا : نظم جزء أول بند ٩٨ ص ٢٩٥ . ساتا : المرافعات بند ٩١ ص ١٣٣ .

أعماله بغير طلب من المدعى • وعلى ذلك يمكن تعريف الدفع الموضوعى ـ بالمعنى الضيق ـ بأنه سلطة للمدعى عليه فى تأكيد واقعة مانعة أو منهية للواقعة المنشئة التى أكدها المدعى ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعى عليه (١) •

ولكن كيف نميز هذه الوقائع المانعة أو المنهيّة عن تلك التى على القاضى اعمال أثرها من تلقاء نفسه (٢) • أحيانا ينص التشريع عليها ، كما هو الحال بالنسبة لواقعة المقاصة اذ تنص المادة ٣٦٥ مدنى على أن المقاصة لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها • فاذا سكت المشرع فان القاضى يحدد الواقعة التى يجب التمسك بها بواسطة دفع من المدعى عليه بأنها تلك التى يمكن أن تكون محلا لدعوى مستقلة من جانبه • اذ كما أن للمدعى وحده سلطة اثارتها بواسطة الدعوى ، تكون للمدعى عليه وحده سلطة اثارتها بواسطة الدفع (٣) •

وللتفرقة بين الدفع الموضوعى بالمعنى الضيق وغيره من وسائل الدفاع الموضوعى عدة نتائج أهمها (٤) :

(أ) الدفع يقبل التنازل عنه ، وبهذا لا تنتج الواقعة أثرها ، أما وسائل الدفاع الاخرى فان التنازل عنها لا يمنع القاضى من أن يأخذ فى اعتباره ما تضمنته من وقائع • ولهذا يمكن الاتفاق على التنازل عن دفع من الدفوع كالدفع بنقض الاهلية ولكن لا يجوز الاتفاق على النزول عن التمسك بواقعة من الوقائع الأخرى التى لا يعتبر التمسك بها دفعا بالمعنى الضيق •

(ب) الدفع بالمعنى الضيق ـ باعتباره حقا ـ يقبل التقادم شأنه شأن الدعوى ، أما الدفاع الذى لا يعتبر كذلك فانه لا يقبل التقادم اذ هو

---

(١) ساتا : التعليق ـ الكتاب الاول ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء اول بند ١٠١ ص ٣٠٤ . ساتا : التعليق الكتاب الاول ـ ص ٤٣٤ و ٤٣٥ . زانزوكى : جزء اول ص ١٩٠ .

(٣) كوستا : بند ٥٠ ص ٦٥ ليبمان : جزء اول ص ٥٥ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء اول بند ١٠٥ ص ٣٠٨ . زانزوكى : جزء اول ص ١٩٤ .

يرمى الى بيان عدم وجود الحق الموضوعى . ولهذا فانه بالنسبة لوسائل الدفاع هذه فقط تسرى قاعدة أن « الدفوع لا تتقادم » . فانكار الواقعة المنشئة أو التمسك بالوفاء أو بالصورية يمكن أن يبقى كوسيلة دفاع مادام هناك طلب على أساس وجود الحق ، وعلى العكس اذا تمسك المدعى عليه بالدفع بابطال العقد للغلط ، فان دفعه هذا — اذ هو دفع بالمعنى الضيق — يتقادم ، كدعوى الابطال تماما (١) .

على أن وسائل الدفاع الموضوعى — سواء تعلق الأمر بدفع موضوعى أم لا — تخضع لقواعد اجرائية تميزها هى (٢) :

(أ) أنها ليست واردة على سبيل الحصر ، ولم ينص القانون على ترتيب بينها أو على وجوب ابدائها معا . فيمكن للمدعى عليه التمسك بها معا أو تباعا وفقا لمصلحته فى الدفاع . ولا يؤدى تأخير احداها الى سقوط الحق فيها .

(ب) يمكن التمسك بها فى أية حالة كانت عليها الخصومة ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية .

(جـ) اذا بحثت المحكمة دفاعا موضوعيا ورفضت الدعوى أو قبلتها ، ثم ألغى الحكم من المحكمة الاستئنافية ، فليس على هذه المحكمة اعادة القضية الى محكمة أول درجة لنظرها من جديد ، بل تقوم هى بنظر الدعوى والحكم فيها .

٢ـ الدفوع الشكلية (الاجرائية)

٢٨٤ ـ فكرة الدفع الشكلى : يعتبر الدفع شكليا ، أى اجرائيا أو — بتعبير المادة ١٠٨ — متعلقا بالاجراءات اذا كان يرمى الى تعطيل نظر موضوع القضية أو منعه لسبب يتعلق باختصاص المحكمة أو

---

(١) انظر فى هذا الشأن مع اختلاف التبرير : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط جزء اول بند ٣٢١ ص ٥٧٦ وحاشية رقم ١ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣٠٥ ص ٢٨٣ . فنسان : بند ٣٥ ص ٥٩ .

باجراءات الخصومة (١) . وقد نص القانون على بعض هـذه الدفوع كالدفع بعدم الاختصاص أو الدفع ببطلان صحيفة الدعوى أو الدفع بالاحالة ، ونظم أحكامها . ولكن الرأى الغالب أن الدفوع الشكلية لم ترد فى القانون على سبيل الحصر (٢) . فلا يوجد ما يثبت أن المشرع قد قصد مثل هذا التحديد ، فضلا عن أنه اذا وجدت وسيلة معينة لها صفات الدفع الشكلى فمن المجافاة للمنطق عدم اعتبارها كذلك بزعم أن القانون لم يعطها هذا التكييف .

٢٨٥ — احكـامه : تبدو أهمية تمييز الدفع الشكلى فى أنه يخضع لأحكام خاصة به هى :

(أ) يجب ابداء الدفوع الشكلية قبل الكلام فى الموضوع أو ابداء دفع بعدم القبول (١٠٨ مرافعات) . فاذا أبدى طلب أو دفاع موضوعى أو دفع بعدم القبول من المدعى عليه سقط حقه فى ابداء دفوع شكلية . وعلة هذه القاعدة هى أن اتاحة الفرصة للخصوم لابداء الدفوع الشكلية فى أية حالة كانت عليها الخصومة يشجع الخصم على الانتظار الى قرب نهاية الاجراءات للتمسك بالدفع الشكلى : فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة ، ويضطر المدعى الى بدء الخصومة من جديد بعد أن تكون قد قطعت شوطا كبيرا (٣) .

وأساس هذه القاعدة ليس هو النزول الضمنى عن الدفع ، بالكلام فى الموضوع . ذلك أن النزول عن الحق لا يفترض . وانما أساس هـذه القاعدة هو تحديد واقعة معينة هى الكلام فى الموضوع يترتب على تحققها سقوط الحق فى الدفع . ويترتب على هذا التكييف أنه يجب تفسير القاعدة تفسيرا ضيقا ، وأن تحقق الواقعة القانونية يؤدى الى السقوط بصرف

---

(١) موريل : بند ٤٨ ص ٥١ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣٠٨ ص ٢٨٥ . جابيو : ١٢٧ ص ١١٥ . عكس هذا جابيو : بند ١٢٧ ص ١١٦ .

(٣) جابيو : بند ٢١٨ ص ١١٧ . سوليس وبيرو : جزء ول بند ٣١٢ ص ٢٨٨ .

النظر عن ارادة صاحب الدفع ، فيترتب السقوط ولو لم يعلم بحقه فيه أو بالسبب المنشىء لهذا الحق (١) .

ويعتبر أى طلب أو دفاع من المدعى عليه مما يتعلق بالموضوع مسقطا للحق فى الدفوع الشكلية ، سواء أبدى الطلب أو الدفاع شفاهة أو فى مذكرة مكتوبة ، وسواء تضمن اعتراضا على ادعاء المدعى أم لا . ولهذا اذا ترك المدعى عليه الامر للمحكمة ، فليس له بعد ذلك التمسك بدفع شكلى (٢) . غير أنه لا يعتبر كلاما فى الموضوع مسقطا للدفع الشكلى مجرد التعرض للموضوع بصفة عامة غير محددة بعبارات ذات طابع شكلى محض ، كالقول بأن « الادعاء لا أساس له على أية حال» اذ لا يعتبر هذا ابداء لأى طلب أو دفاع أو دخولا فى موضوع القضية بالمعنى الصحيح (٣) ، خاصة أنه يجب اتباع التفسير الضيق بالنسبة للوقائع القانونية المسقطة للحق . أما بالنسبة لطلب الخصم تأجيل الجلسة فانه يجب التفرقة بين نوعين من الطلبات :

(أ) طلب التأجيل المقدم بصفة عامة ، سواء لتقديم مستندات ومذكرات أو للاطلاع على المستندات أو للاستعداد ، فلا يعتبر تعرضا للموضوع . لأن الطلب بهذه الصورة قد يكون الهدف منه هو التمهيد لا بداء الدفع ، فلا يعنى بذاته الكلام فى الموضوع (٤) .

(ب) طلب التأجيل الذى يتعلق بالموضوع . كما هو الحال بالنسبة لطلب التأجيل لادخال ضامن أو طلب التأجيل للصلح (٥) ، فانه يسقط الحق فى ابداء الدفوع الشكلية .

---

(١) جابيو : بند ١٢٨ ص ١١٨ وبند ٢٦٧ ص ٤٤٧ — ٤٤٨ .

(٢) جيين : رسالة مشار اليها — ص ١٦٢ .

(٣) ايبرو : المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٢ ص ٤٠١ . جيين : رسالة ص ١٦١ .

(٤) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٠٠٨ — ١٥٠ .

(٥) استئناف مصر ١٨ يونيو ١٩٤٠ — المحاماة ٢١ — ٢٤٥ — ١١٦ .

واذا تمسك الخصم بدفع شكلى فان هذا الدفع لا يسقط بكلامه فى الموضوع بعد ذلك (١) كما لا يسقط لمجرد كلامه فى الموضوع فى نفس الورقة التى أبدى فيها الدفع ، ولو كان كلامه فى الموضوع سابقا على ابداء الدفع فى ترتيبه فى الورقة (٢) ، أو كان مع ابدائه الدفع . قد تكلم فى الموضوع على سبيل الاحتياط (٣) . على أنه يلاحظ أنه اذا تكلم الخصم فى الموضوع محتفظا بحقه فى التمسك بالدفع فيما بعد . فانه لا يحتفظ بهذا حقه فى ابداء الدفع سواء كان تحفظه يعتبر من التحفظات الصريحة المحددة أو من تلك العامة الشائعة de style (٤) ذلك أن التحفظ ولو كان محددا لا يمكن أن يعتبر تمسكا بالدفع . ولا يؤدى بالتالى الى تحقيق الهدف من القاعدة محل البحث وهو التخلص من المسائل الاجرائية قبل مناقشة الموضوع . وعلى أية حال ، فان تكييف ما اذا كان ما صدر من الخصم يعتبر كلاما فى الموضوع أم لا يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (٥) .

أما المقصود بالدفع بعدم القبول الذى يجب أن تبدى الدفوع الشكلية قبله فهو الدفع بعدم القبول الموضوعى ، فلا تنطبق القاعدة على عدم القبول المتعلق بالاجراءات (٦) .

(ب) يجب ابداء الدفوع الشكلية معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها : تنص المادة ١٠٨ مرافعات على أن الدفوع الشكلية « يجب ابداؤها معا قبل ابداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى » ، والا سقط الحق فيما لم يبد منها (٧) . وعلى هذا لا يستطيع المدعى عليه أن يبدى دفعا بعدم الاختصاص

(١) نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٠٩٤ — ١٧٠ .

(٢) Rodière : Traite de competence et de procédure en matière civile Paris 1978, t. 1 no. 253 p. 353.

(٣) جلاسون : جزء ثان بند ٤٤٢ ص ٢٤٦ . جبين : رسالة ص ١٦٢

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة ٢٢ فبراير ١٨٩١ — بيلتان ٦ ص ١٤١ .

(٥) نقض مدنى ٢٧ ابريل ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٥٥٨ — ٨٨ .

(٦) محكمة السين المدنية ٤ ابريل ١٩١٢ — سيرى ١٩١٣ — ٣ — ٩٥ .

(٧) وقد استمد المشرع المصرى هذه القاعدة منذ القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ من القانون الالمانى . وهو أيضا ما تنص عليه المادة ٧٤ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد (فنسان : بند ٣٧ ص ٦١) .

ثم بعد ذلك دفعا ببطلان صحيفة الدعوى . وعلة هذه القاعدة هى الرغبة فى تصفية المشاكل المتعلقة بالاجراءات معا .

(جـ) يجب ابداء جميع الوجوه التى ينبنى عليها الدفع الشكلى معا ، والا سقط الحق فيما لم يبد منها (مادة ١٠٨ أخيرة) . وعلى هذا اذا أبدى المدعى عليه دفعا ببطلان صحيفة الدعوى لرفعها من ناقص أهلية لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا ، فلا يستطيع أن يدفع بعد ذلك ببطلان نفس الصحيفة بسبب عيب شكلى فيها . واذا دفع المستأنف ضده باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لأن صحيفته قد أعلنت بعد الميعاد القانونى ، فليس له أن يعود فى جلسة أخرى ويتمسك بذات الدفع استنادا الى بطلان الاعلان لأن المحضر لم يثبت غيابه عند مخاطبته لابنته وقت اجراء الاعلان اذا لم يكن قد أبدى هذا الوجه من البطلان عند ابداء الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن فى الجلسة الاولى ، اذ حقه فى ابداء هذا الوجه يكون قد سقط (١) .

وقد أراد المشرع بهذا النص حسم أى خلاف حول ما اذا كان التمسك بوجه جديد يعتبر تمسكا بدفع جديد لا يجوز ابداؤه منفصلا أم أنه يعتبر ابداء لنفس الدفع الذى أبدى قبل ذلك وبالتالى يمكن ابداؤه دون الاعتراض عليه بقاعدة وجوب ابداء جميع الدفوع معا (٢). ويلاحظ أن عدم جواز ابداء دفع جديد أو وجه جديد واجب الاحترام ولو لم يكن قد سبق الكلام فى الموضوع (٣) . كما يلاحظ أن الوجه الجديد لايجوز ابداؤه — تماما كما هو الحال بالنسبة للدفع الجديد — ولو لم يكن قد سبقه حكم فى الوجه أو الدفع الذى أبدى قبل ذلك .

(د) يجب ابداء الدفوع الشكلية فى صحيفة الطعن ، والا سقط الحق فيما لم يبد منها : وتطبيقا لهذا اذا كان ميعاد الطعن فى الحكم يبدأ باعلان الحكم وكان هذا الاعلان باطلا ، وطعن المحكوم عليه فى الحكم دون أن يتمسك ببطلان الاعلان ، سقط حقه فى الدفع به . فليس له التمسك به

---

(١) نقض مدنى ٢٥/٤/١٩٧٩ فى الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٤٦ ق .
(٢) قارن : رمزى سيف — بند ٣٢٦ ص ٣٨١ .
(٣) انظر : Goyet (F.) Lois Nouvelles 1936 p. 265.

بعد هذا (١) . ويلاحظ أن هذه القاعدة مستقلة عن قاعدة وجوب ابداء الدفع قبل الكلام فى الموضوع . ولهذا فان الحق فى الدفع الاجرائى يسقط بعدم ابدائه فى صحيفة الطعن ، ولو فرض وكان الطاعن لم يتكلم فى هذه الصحيفة فى الموضوع (٢) .

وهذه القواعد الأربع تسرى على جميع الدفوع الشكلية (أو الأوجه المتعلقة بها) باستثناء نوعين منها :

(أ) الدفوع الشكلية — أو الاوجه — المتعلقة بالنظام العام (٣) . ومثالها الدفع بعدم الاختصاص النوعى أو القيمى أو الدفع بانتفاء الولاية أو الدفع ببطلان عمل اجرائى لمخالفة مقتضى يتعلق بالنظام العام (٤) . والواقع أن تمسك المدعى عليه بالدفع فى هذه الحالة انما يتعلق بعيب فى الولاية أو فى الاختصاص أو فى الاجراءات مما على القاضى أخذه فى اعتباره من تلقاء نفسه ، فلا يعدو تمسك المدعى عليه بالعيب أن يكون تنبيها للقاضى للقيام بواجبه فلا يتصور أن يخضع للقيود التى تتضمنها القواعد السابقة .

(ب) الدفع الذى ينشأ سببه بعد ابداء الدفوع الشكلية الاخرى أو ابداء وجه آخر أو بعد الكلام فى الموضوع أو تقديم صحيفة الطعن (٥) وهذا منطقى اذ لم يكن المدعى عليه يستطيع التمسك بالدفع فى ذلك الوقت فلم يكن له حق فى ابدائه ، ولايمكن لحق أن يسقط قبل نشأته . ولهذا فان للمدعى عليه الذى تكلم فى الموضوع أن يتمسك

---

(١) استئناف مصر ١٥ مايو ١٩٤٧ — المجموعة الرسمية ٤٨ — ٩٦٣ — ٣٠٩ .

(٢) نظرية البطلان للمؤلف — بند ٣٢٣ ص ٥٨٩ .

(٣) استئناف مصر ١٥ مايو ١٩٤٧ — المجموعة الرسمية ٤٨ — ١٩٣ — ٣٠٩ .

(٤) أو ببطلان الحكم بطلانا لا يقبل التصحيح كما هو الحال بالنسبة للدفع ببطلان الحكم لصدوره على شخص توفى قبل رفع الدعوى (نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ فى الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ ق) .

(٥) جلاسون : جزء أول بند ٢٣٢ ص ٥٩١ .

ببطلان طلب اضافى قدم بعد ذلك من المدعى أو ببطلان تقرير قدم بعد ذلك من الخبير .

ويحدث التمسك بسقوط الحق فى الدفع الشكلى ، أمام المحكمة التى يبدى أمامها الدفع . فاذا قبلت المحكمة الدفع فانه يجوز التمسك بسقوط الحق فيه عند الطعن فى الحكم الصادر فى الدفع . أما اذا أصبح هذا الحكم نهائيا بعدم الطعن فيه ، فانه يمتنع بعد هذا التمسك بسقوط الحق فى الدفع (١) .

(هـ) الأصل أن تفصل المحكمة فى الدفع الشكلى قبل نظر الموضوع ، ذلك أن هذا الفصل قد يغنيها عن نظر الموضوع والحكم فيه ، كما لو قضت المحكمة ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم اختصاصها بالدعوى (٢) . على أن المشرع قدر أن المحكمة قد تكون بحاجة الى نظر الموضوع لكى تفصل فى الدفع الشكلى ، ولهذا تقرر المادة ١٠٨/٢ أن للمحكمة الامر بضم الدفع الى الموضوع وتفصل فيهما معا . غير أن هذا مشروط بشرطين هما : ١ — ألا يتعارض الضم مع ما لطرفى الخصومة من حق الدفاع . فاذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم فى الموضوع أو لم تكن المحكمة قد نبهتهم للتكلم فيه ، فان حكمها فى الدفع والموضوع معا يكون باطلا لاخلاله بحق الخصوم فى الدفاع (٣) ٢ — أن تبين المحكمة ما حكمت به فى كل من الدفع والموضوع ، ذلك أن الفصل فيهما معا لا يعنى أن الأمر يتعلق بقرار واحد ، بل الامر يتعلق بقرارين يجب أن ينبنى كل قرار منهما على أسبابه المتعلقة به .

ويلاحظ أن ضم الدفع الى الموضوع ليس حقا لأى من الخصوم ، اذ لا مصلحة لأى منهم فيه . فالمسألة تدخل فى السلطة التقديرية الكاملة

---

(١) نقض مدنى ٢٢ديسمبر١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٤٠ . ٣٠٧ (الحكم يتعلق بالدفع بالاحالة لقيام دعوى أخرى مرتبطة) .

(٢) العشماوى : جزء ثانى بند ٧٢٣ ص ٢٢٤ .

(٣) استئناف مصر ٣ يونية ١٩٤٣ — المحاماة ٢٣ — ٥٦ — ٣٢١ — ٢٣٥ .

للمحكمة (١) • ومن ناحية أخرى ، فان قرار الضم لا يعنى وجوب الفصل فى كل من الدفع والموضوع ، فقد تأمر المحكمة بالضم ثم تصدر قرارا فى الدفع وحده يغنى عن الفصل فى الموضوع كما لو حكمت — فى الدفع — بعدم اختصاص المحكمة (٢) •

(و) الحكم فى الدفع الشكلى لا يعتبر فصلا فى الدعوى ولا يحوز حجية الأمر المقضى : اذا قررت المحكمة قبول دفع شكلى كما لو حكمت بعدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة الدعوى ، أو قررت رفضه ، فان قرارها فى الدفع الشكلى لا يعتبر فصلا فى الدعوى ولا يحوز لهذا — كما قدمنا — حجية الامر المقضى • ونتيجة لذلك ، فانه اذا ترتب على الفصل فى الدفع انتهاء الخصومة فان للمدعى أن يبدأ خصومة جديدة رافعا نفس الدعوى ، ما لم تكن دعواه قد انقضت بالتقادم • ومن ناحية أخرى فانه اذا طعن فى الحكم فى الدفع بالاستئناف ، وألغت المحكمة الاستئنافية هذا الحكم ، فانها لا تنظر موضوع الدعوى وانما تعيد القضية الى محكمة أول درجة لنظرها ، ذلك أن محكمة أول درجة لم تكن — بحكمها فى الدفع — قد فصلت فى الموضوع • فنظر المحكمة الاستئنافية الموضوع يعتبر مخالفا لمبدأ التقاضى على درجتين •

٣ — الدفوع بعدم القبول

٢٨٦ — فكرة عدم القبول وأسبابه : عدم القبول هو تكييف قانونى لطلب أو دفع أو طعن مقدم الى المحكمة يترتب عليه امتناعها عن النظر فيه • وبهذا تؤدى فكرة عدم القبول الى تحقيق وظيفة هامة تتفق مع مبدأ الاقتصاد فى الخصومة ، اذ يمتنع القاضى عن النظر فيما قدم اليه • وهو ما يوفر الوقت والجهد والمصاريف • ولأن عدم القبول تكييف قانونى ، فانه لا ينطبق على ما يسمى بعدم القبول المادى ، كعدم قبول موظف المحكمة للطلب أو للاوراق من الناحية المادية وهو ما يحدث لو قدم الطلب دون دفع الرسم المالى المقرر • ومن ناحية أخرى ، فانه لا ينطبق

---

(١) الوايلى الجزئية ٢٤ يناير ١٩٣٤ — المحاماة ١٤ — ٢ — ٤٥٦ •

(٢) رمزى سيف : بند ٣٢٦ ص ٣٨٣ •

على غير ما يقدمه الخصم الى المحكمة • ولهذا من الخطأ القول مثلا بأن حكما يعتبر غير مقبول ، أو أن اعلانا الى خصم يكون غير مقبول •

وترجع أسباب عدم القبول بصفة عامة الى أحد نوعين من الأسباب :

(أ) عيب فى الطلب أو الدفع أو الطعن كعمل اجرائى ، سواء تعلق العيب بالشكل كما هو الحال بالنسبة لصحيفة استئناف مقدمة بعد ميعاد الاستئناف ، أو صحيفة دعوى رفعت قبل اتخاذ اجراء يجب أن يسبق رفع الدعوى (١) أو بمقتضى موضوعى فى العمل كعدم صلاحية القائم بالعمل مثل رفع الدعوى من قاصر لا يمثله الوصى عليه • ذلك أنه لكى ينظر القاضى فى العمل المقدم اليه يجب أن يحترم مقدمه المقتضيات التى فرضها القانون لصحته (٢) •

(ب) عدم توافر المصلحة فى الاجراء ، أى ــ كما قدمنا ــ اذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة ليس من شأنه تحقيق الحماية لطالبها أو المساعدة فى تحقيقها • ففى هذه الحالة ، من العبث اضاعة الوقت فى النظر فى اجابة الخصم الى طلبه •

فاذا كان الطلب أمام القضاء يتضمن رفع دعوى الى المحكمة فانه ، فضلا عن خضوعه لتكييف عدم القبول باعتباره عملا اجرائيا ، يخضع لتكييف عدم القبول لاسباب تتعلق بالدعوى ، وفقا لما سبق بيانه (٣) •

على أن عدم القبول ــ اذا تعلق الامر بالدعوى ــ ليس تكييفا للدعوى ولكنه تكييف للطلب القضائى الذى يتضمن دعوى ، ذلك أن الدعوى

(١) نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٢٨٥ ــ ٤٨ .

(٢) ديلوجو : عدم القبول ــ مشار اليه ــ بند ٨٠ ص ١٠ وما بعدها

(٣) ماسبق بند .

اما أن تتوافر شروطها فتوجد ، أو يتخلف احداها فلا توجد (١) • ومن ناحية أخرى فان المقصود بعدم القبول ليس عكس القبول • فقبول الطلب أو الدعوى يقابل رفضه • ولكن المقصود هو عدم قبول النظر فى الطلب أو الدعوى (٢) •

٢٨٧ — تعريف الدفع بعدم القبول وأحكامه : الدفع بعدم القبول هو الوسيلة القانونية التى يتمسك بواسطتها خصم بوجوب الحكم بعدم قبول النظر فى الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من خصمه الى المحكمة •

أما بالنسبة لأحكامه فلا مشكلة بالنسبة للدفع بعدم القبول لعيب فى العمل الاجرائى ، اذ هو فى حقيقته دفع شكلى فيخضع لاحكام الدفوع الشكلية (٣) السابق بيانها • ولهذا فانه يجب ابداؤه مع غيره من الدفوع الشكلية — ما لم يتعلق بالنظام العام — قبل الكلام فى الموضوع وقبل أى دفع بعدم القبول غير متعلق بالاجراءات • وتطبيقا لهذا ، حكم بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بصحيفة واحدة من متعددين لا تربطهم رابطة هو فى حقيقته اعتراض على اجراءات الخصومة وكيفية توجيهها ، فيسقط — لأن الأمر يتعلق ببطلان لاصلة له بالنظام العام — بعدم ابدائه قبل الكلام فى الموضوع (٤) • وعلى العكس ، حكم بأن الدفع بعدم قبول الاستئناف لعدم توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة على صحيفة الاستئناف (٥) ، أو لرفعه بعد الميعاد (٦) ، يمكن التمسك به بعد الكلام فى الموضوع وذلك لتعلق الأمر بالنظام العام •

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ١٠٩ ص ١٠٩ •

(٢) أنظر المادة ١١٦ مرافعات التى تنص على عدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها • وأنظر تعريف المادة ١٢٢ مرافعات فرنسى جديدة سنة ١٩٧٥ للدفع بعدم القبول •

(٣) نقض مدنى ٢٣مايو١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٨١ — ١٥٣ •

(٤) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٣٣٩ — ٥٤ •

(٥) استئناف مصر ١٥ مايو ١٩٤٧ — المجموعة الرسمية ٤٨ — ٦٩٣ — ٣٠٩ •

(٦) استئناف مختلط ٢٢ يناير ١٨٩٠ — بيلتان ٢ — ٣٢٦ :

ولكن المشكلة تثور بالنسبة لعدم القبول بسبب عدم توافر المصلحة فى الاجراء • وهو يتحقق بالنسبة للدعوى بسبب التخلف الظاهر لأحدشروط حق الدعوى أو انقضاء هذا الحق • وهو ما يطلق عليه الفقه والقضاء عدم القبول الموضوعى (١) . أو المتصل بالموضوع ، بالمقابلة بعدم القبول لعيب اجرائى والذى يسميه بعدم القبول الاجرائى (٢) • وأحكام هذا الدفع هى كما يلى :

١ ــ الدفع بعدم القبول يجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى : ترمى فكرة عدم القبول الى تخويل القاضى سلطة تجنب مناقشة موضوع القضية • ولهذا فان الدفع بعدم القبول يجب ــ منطقيا ــ لكى يحقق هدفه أن يبدى قبل الكلام فى الموضوع (٣) • ولكن المشرع المصرى قدر أن هناك اعتبارا آخر أهم هو حق الدفاع ، اذ هذا الحق يوجب تمكين الخصم من اثارة كل ما يتعلق بوجود الحق فى الدعوى فى أية حالة كانت عليها الخصومة • ولهذا نص فى المادة ١١٥ على أن « الدفع بعدم القبول يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها » الدعوى ولو فى الاستئناف (٤) • ونتيجة لهذه القاعدة ، فان الدفع بعدم القبول لا يسقط بالكلام فى الموضوع . كما أنه لا يخضع لما تخضع له الدفوع الشكلية من وجوب ابدائها معا ــ والا سقط الحق فيما لم يبد منها • وهو فى هذا كله كالدفاع الموضوعى تماما (٥) •

٢ ــ للمحكمة فى الغالب سلطة القضاء به من تلقاء نفسها : تختلف سلطة المحكمة ، فى هذا الشأن ، حسب سبب عدم القبول • فان كان يرجع

(١) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ٩٨١ ــ ١٧٢ . (ويتضمن هذا الحكم تعريفا للدفع بعدم القبول الموضوعى) .

(٢) موريل : بند ٥٢ ص ٥٦ : سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣١٦ ص ٣٩٣ .

(٣) سوليس وبيرو : جزء اول ٣١٤ ص ٢٩١ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٢/١٢/٥ ــ فى الطعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق . (خاص بعدم القبول لانعدام صفة المدعى عليه) .

(٥) انظر : الجيزة الجزئية الأهلية ٧ يناير ١٩٤٠ ــ المحاماة ٢٠ ــ ٨٤٢ ــ ٣٢٥ (بالنسبة لرفع الدعوى قبل الأوان) . نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٤٣٠ ــ ٧٠ و ١٨ مايو ١٩٦٦ مجموعة النقض ١٧ ــ ١١٧٠ ــ ١٦٠ (بالنسبة للتقادم) .

الى واقعة تتعلق بنشأة الحق الموضوعى ، أى الى عدم وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى ، كما هو الحال بالنسبة لعدم قبول الدعوى بطلب دين قمار أو لحماية محض مصلحة اقتصادية ، فان على المحكمة أن تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها (١) .
أما اذا تعلق الامر بأحد الأسباب الأخرى ، فان الحل يختلف حسب ما اذا كان الأمر يتعلق بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة . ونرى أنه يجب اعتبار عدم القبول لعدم توافر اعتداء أو لعدم توافر الصفة لدى المدعى أو لدى المدعى عليه متعلقا بالنظام العام (٢) على القاضى اثارته من تلقاء نفسه مادامت أوراق القضية تدل عليه . ومن ناحية أخرى ، فان الوقائع المنهية للحق فى الدعوى يجب على القاضى اثارتها من تلقاء نفسه . وتطبيقا لهذا نص المادة ١١٦ مرافعات على أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها . ولا يستثنى من هذا الا أن يتعلق الأمر بواقعة ينص القانون على عدم اعمال أثرها بغير تمسك من المدعى عليه بها كما هو الحال بالنسبة لتقادم الحق فى الدعوى (٣٨٧ مدنى).

٣ — يفصل فى الدفع بعدم القبول وحده أو مع الموضوع : لا ينطبق على الدفع بعدم القبول ما تقضى به المادة ١٠٨/٢ من أن يحكم فى الدفوع الاجرائية « على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع » . فللمحكمة أن تحكم فى الدفع بعدم القبول على استقلال ، كما أن لها أن تفصل فيه وفى موضوع الدعوى معا دون أن تقرر ضمه للموضوع (٣) ، بل أن للمحكمة اذا تبينت أن الدفع على غير أساس أن تغفله متى كان لا يحوى ما يؤدى الى تغيير وجه الرأى فى الدعوى (٤) .

(١) كيوفندا : نظم جزء اول بند ٩٦ ص ٢٩٢ .
(٢) العشماوى : جزء ثان بند٧٨٦ ص ٣٠٥ . وقد جرى قضاء النقض على ان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لا شأن له بالنظام العام ، وحكم بانه يمتنع على محكمة الاستئناف النظر فى الدفع بعدم قبول الدعوى عند الفصل فى الاستئناف المقصور على الاخلاء من العين . (نقض ايجارات ١٩٨٢/١/١٣ — فى الطعن رقم ٢١٠٧ لسنة ٥٠ ق .
(٣) نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٧ ص ٨٣٤ .
(٤) نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٥٧ — مجموعة النقض ٨ ص ٨٩٨ .

٤ — لاتستنفد المحكمة ولايتها بالحكم فى الدفع : جرى القضاء فى مصر ، يؤيده بعض الفقهاء (١) ، على أنه اذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول فانها تستنفيد ولايتها فى الفصل فى موضوع الدعوى ، ويطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى بما احتوته من طلبات وأوجه دفاع على المحكمة الاستئنافية . فلا يجوز لها فى حالة الغاء الحكم أن تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لنظرها من جديد . وقد طبق القضاء هذا المبدأ على كل من الدفع بعدم القبول لانعدام صفة المدعى (٢)، أو لانعدام صفة المتدخل وانعدام مصلحته (٣) والدفع بالتقادم (٤) ، والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الاوان (٥) ، والدفع بعدم قبول الدعوى بالحق من المدعى عليه فى دعوى الحيازة !! (٦) . واستند القضاء فى هذه الاحكام الى أن الدفع فى الواقع هو دفع موضوعى ، فالحكم فيه هو حكم فى الموضوع (٧)،(٨) والواقع أن هذا القضاء لا يمكن تبريره الا على هذا الاساس . أما وأن الدفع بعدم القبول له سمة أساسية تميزه عن الدفع

(١) رمزى سيف : بند ٣٥٧ ص ٤٢٧ .

(٢) نقض مدنى ٧ يناير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٣١ — ١٨ — ٤ .

(٣) نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٣٦٤ — ٢٧٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٨ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٤٠٩ — ٦٠ .

(٥) نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٣٣٩ — ٢٠٣ .

(٦) نقض مدنى ٢٢ أبريل ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٥٥٣ — ٨٧ . والدفع بعدم القبول طبقا للمادتين ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى (نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٣٩ — ٢٥) .

(٧) ولكن محكمة النقض طبقت نفس المبدا على دفع بعدم قبول اجرائى وهو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل اتخاذ اجراء معين استلزمه القانون (نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٨٥ — ٤٨) وكان الاجراء هو وجوب لجوء دائن من رفعت الحراسة عن امواله الى المدير العام لادارة الأموال التى آلت الى الدولة ليصدر قرارا بشأن دينه قبل أن يرفع الدعوى عليه . وهو حكم لا سند له .

(٨) ومع ذلك انظر : نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٦ فى الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٦ ق « ان المحكمة تستنفد ولايتها كالحال فى شأن الدفوع الموضوعية المتعلقة بأصل الحق » .

الموضوعى وهى أنه يرمى الى تجنب بحث الموضوع (١) ، فان مفاد هذا أن محكمة أول درجة عندما تحكم بعدم قبول الدعوى فانها تقرر بأنها لم تنظر موضوع الدعوى . فاذا ألغى حكمها من المحكمة الاستئنافية فان هذه الاخيرة اذا نظرت الموضوع فانها تنظر موضوعا لم ينظر من محكمة أول درجة وتخالف مبدأ التقاضى على درجتين (٢) .

٥ — يحوز الحكم فى الدفع حجية الأمر المقضى أو لا يحوزه حسب الاحوال : اذا حكم برفض الدفع ، فان هذا الحكم لا يمنح أية حماية قضائية ولا يحوز الحجية . أما اذا حكم بقبول الدفع أى صدر حكم بعدم قبول نظر الدعوى ، فان حجية هذا الحكم تختلف حسب ما اذا كان مؤداه الفصل فى الدعوى أم لا (٣) . فاذا لم يكن الحكم فاصلا فى الدعوى، كما هو حال الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الاوان فلا حجية للحكم . ولا مانع من أن يعود المدعى فيرفع نفس الدعوى بعد ذلك عند حلول أجل الدين . وعلى العكس ، اذا حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى ، أو لا نقضائها بمضى المدة ، فان الحكم يحوز الحجية ، فلا يستطيع المدعى رفع الدعوى من جديد (٤) . ذلك أن هذا الحكم يعتبر فاصلا فى الدعوى ، وان تم الفصل دون بحث موضوعها بسبب وضوح عدم توافر أحد شروطها أو انقضائها .

٢٨٨ — حكم خاص بانتفاء صفة المدعى عليه : اذا انتفت صفة المدعى عليه ، أجلت المحكمة الدعوى لاعلان ذى الصفة : وفقا للمادة ٢/١١٥ « اذا رأت (المحكمة) أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أجلت الدعوى لا علان ذى الصفة ، ويجوز لها فى هذه الحالة الحكم على المدعى بغرامة لا تجاوز خمسة جنيهات » .

---

(١) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٣١٥ ص ٢٩٣ .

(٢) العشماوى : جزء ثان بند ٧٨٨ ص ٣٠٦ . ابو الوفا بند ٢٠٦ ص ٣٠١ . وجدى راغب : مبادىء ص ٢٢٣ .

(٣) قارن : وجدى راغب — رسالة ص ٤٩٠ ، مبادىء : ص ٢٢٢ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ١٠٨ — ١٧ .

ومفاد هذا ، أنه اذا تبين للمحكمة انتفاء صفة المدعى عليه فى الدعوى - سواء بناء على دفع أو من تلقاء نفسها - فانه يمتنع عليها الحكم بعدم قبول الدعوى . وعليها تأجيل الدعوى لاعلان ذى الصفة ، ولو من تلقاء نفسها (١) . واذا أعلن ذى الصفة ، أعتبرت الدعوى موجهة اليه منذ رفعها (٢) . وتلاحظ التفرقة بين هذا النص ونص المادة ٢٣ مرافعات الخاص بتصحيح العمل الاجرائى . فهذا النص الأخير يتعلق بتكملة مقتضيات العمل الاجرائى ، وينطبق لهذا على العمل الذى يشوبه عيب فى التمثيل القانونى للقائم بالعمل أو الموجه اليه العمل ، وهو ما يطلق عليه أحيانا الصفة الاجرائية كصفة الوصى أو الولى أو صفة مدير الشركة ، ولكنه لا ينطبق على الصفة فى الدعوى . فانتفاء الصفة فى الدعوى يحكمها نص المادة ١١٥/٢ .

---

(١) عكس هذا : أحمد مسلم ص ٥٨٠ .

(٢) ولكن ما الحل اذا كانت الدعوى خاضعة لميعاد تقادم معين : من المعلوم أنه اذا رفعت الدعوى قبل تقادمها ، فانها تحفظ حق المدعى فلا يتقادم . فاذا حدث وكان المدعى عليه غير ذى صفة ، فان قيام المدعى باعلان ذى الصفة فى الميعاد الذى حددته له المحكمة وفقا للمادة ١١٥/٢ يبقى للدعوى أثرها . ولا يحول دون ذلك « ان يكون الميعاد قد انقضى بعد رفع الدعوى » . ذلك انه برفع الدعوى لا ينقضى أى ميعاد نص عليه القانون . (عكس هذا : أبو الوفا : المرافعات ص ٣٠٢) . وفى هذا يختلف تصحيح الصفة فى الدعوى وفقا للمادة ١١٥/٢ عن التصحيح بالتكملة وفقا للمادة ٢٣ مرافعات . فوفقا للمادة ٢٣ لا يكون للتصحيح بالتكملة أثر رجعى . ولهذا فانه اذا وجهت الدعوى الى غير الممثل القانونى للمدعى عليه فان رفع الدعوى يكون باطلا ولا يقطع التقادم . فاذا صحح رفع الدعوى باختصام الممثل القانونى ، فان التقادم ينقطع منذ هذا التصحيح وليس منذ رفع الدعوى . فاذا كان التقادم قد اكتمل قبل التصحيح ، فلا تقبل الدعوى (نقض تجارى ٢١ ديسمبر ١٩٨١ - فى الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ ق . وقارن حكم النقض مدنى ٣/٥/١٩٧٧ - فى الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٣ ق .) وقد طبق هذا الحكم الأخير المادة ١١٥ /٢ على التصحيح بالتكملة بدلا من المادة ٢٣ مرافعات . وهو تطبيق غير دقيق . والنتيجة التى انتهى اليها الحكم من أن تصحيح الدعوى المرفوعة على هيئة السكة الحديد باختصام رئيس مجلس ادارتها بدلا من وزير النقل لا يقطع التقادم فى مواجهتها الا من تاريخ التصحيح وليس من تاريخ رفع الدعوى فى مواجهة وزير النقل هى نتيجة صحيحة ولكنها تستند الى المادة ٢٣ مرافعات وليس الى المادة ١١٥/٢ التى تحكم انعدام الصفة فى المدعى عليه وليس عدم صحة التمثيل القانونى) وانظر : نقض مدنى ١٢ فبراير ١٩٨٠ - فى الطعن =

كما يلاحظ أن اعلان ذى الصفة وفقا لهذه المادة يجب ألا يخل بمبدأ التقاضى على درجتين ، فلا يجوز استخدامه كوسيلة لاختصام شخص لأول مرة فى الاستئناف .

ولم تحدد المادة ٢/١١٥ من الذى يقوم باعلان ذى الصفة ولهذا — تطبيقا لمبدأ قيام الخصوم بالاجراءات — فان المدعى هو الذى يقوم بهذا الاعلان . فان لم يفعل فى الميعاد الذى حددته المحكمة ، حكمت بعدم قبول الدعوى . ويجوز للمحكمة — سواء قام المدعى باعلان ذى الصفة أم لا — أن تلزم المدعى بغرامة حتى خمسة جنيهات .

ومن المسلم أن المادة ٢/١١٥ تنطبق عند انتفاء صفه المدعى عليه ، وليس فى حالة انتفاء صفة المدعى (١) .على أنه يخفف من هذا أنه اذا لم يكن للمدعى صفة عند رفع الدعوى ، واكتسب صفة فى الدعوى بعد رفعها فان الدعوى تكون مقبولة . ولا يكون للمدعى عليه الحق فى الدفع بعدم القبول لانتفاء صفة المدعى (٢) . كما يخفف منه كذلك ، أن للمحكمة أن تدخل ذى الصفة كمدع فى الدعوى اعمالا لسلطتها المقررة فى المادة ١١٨ مرافعـــات .

= رقم ٣٥٢ لسنة ٤٦ ق . وقد قضى — مشيرا للمادة ٢/١١٥ — بأنه لما كان تصحيح الدعوى بادخال صاحب الصفة فيها يجب الا يخل بالميعاد المحدد لرفعها ، فان التصحيح لا ينتج أثره الا اذا تم خلال الميعاد ، فاذا اختصم الشفيع بعض المشترين فى دعواه ، ولم يختصم الآخرين الا بعد الميعاد المحدد لدعوى الشفعة ، فان اختصام هؤلاء الاخرين لا ينتج اثره . وهو حكم محل نظر ذلك ان ميعاد الشفعة ليس من المواعيد الاجرائية التى لا يرد على العمل الذى تم بعد تجاوزه التصحيح بالتكملة ، وفقا للمــادة ٢٣ مرافعات ، وانما هو ميعاد للدعوى . ويعتبر رفع الدعوى — ولو بعد انقضائه — صحيحا ولكن غير مقبول . فاذا رفعت الدعوى فى الميعاد على بعض ذوى الصفة ، واختصم ذوو الصفة الاخرون ولو بعد الميعاد ، كانت الدعوى — وفقا للمادة ٢/١١٥ — مقبولة .

(١) قارن المادة ٢/١٢٦ مرافعـــات فرنسى جـديدة ، وهى تجيز تصحيح الصفة بصفة عامة سواء بالنسبة للمدعى او للمدعى عليه . وفى شرحها : فنسان — المرافعات ١٩٧٦ — ص ٦٦ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤—١٠٨—٢١.

المطلب الثالث : اجراءات الاثبات

اولا : قـواعد عامـة

٢٨٨ ـ تعريف الاثبات وطبيعة قواعده : الاثبات هو تكوين اقتناع القاضي بشأن وجود أو عدم وجود واقعة قانونية متعلقة بالدعوى (١) . ومن الواضح أهمية الاثبات ، ذلك أنه اذا كان القضاء هو تطبيق القانون على وقائع معينة ، فان هذا التطبيق لكي يكون مؤديا الى تحقيق ارادة القانون يجب أن ينصب على وقائع حقيقية أى على وقائع ثابتة (٢) . ولهذا لا يكفى الخصم ادعاء واقعة ما بل يجب عليه اثباتها .

وقد كان القانون المصرى قبل سنة ١٩٦٨ يوزع قواعد الاثبات بين المجموعة المدنية ومجموعة المرافعات متبعا فى هذا مسـلك القـانون الفرنسى ، ولكنه عدل عن هذا الاتجاه وأصدر قانونا للاثبات يضم جميع قواعده . (قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) . وكان مسـلك المجموعـة القديمة يقوم على التفرقة بين قواعد قبول وقوة الدليل فيضمنها المجموعة المدنية على أساس أنها قواعد موضوعية ، وقواعد تقديم الادلة أو تحقيقها أمام القضاء فيضمنها مجموعة المرافعات على أساس أنها قواعد اجرائية . وهذه النظرية التقليدية بالنسبة لقواعد قبول وقوة الادلة كانت تستند الى أن ادلة الاثبات تتعلق بالحقوق الخاصة ليس فقط أمام القضاء ولكن أيضا خارج مجلس القضاء . ذلك أن اثبات الحق أى تأكيده لازم لاحترامه وامكان الانتفاع به والتصرف فيه بهدوء وطمأنينة . وهذه النظرة هجرها الفقه الحديث الذى يرى أن قواعد الاثبات أيا كانت ذات طبيعة واحدة وتكون جزءا لا يتجزأ من قانون القضاء المدنى . ذلك أن قواعد الاثبات بطبيعتها لا تنطبق الا فى الخصومة للحصول على الحماية القضائية للحق . ولهذا فان جميع قواعد الاثبات تعتبر قواعد اجرائية متعلقة بالخصومة(٣).

---

(١) كيوفندا : نظم جزء اول بند ٣٣٢ ص ٤٢٥ .

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ١٦٩ ص ٦٨ .

(٣) أنظر : كيوفندا : نظم جزء اول بند ٢٣ ص ٦٣ . ميكيلى : جزء ثان بند ١١٠ ص ٧٠ ــ ٧٢ . ليبمان : جزء ثان بند ١٧١ ص ٧١ .

Laserra (G.) : La prove civile, Napoli, 1957, p.p. 15-34.

ولهذا نجد كلا من القانون الألمانى والقـانون السويسرى والقانون اللبنانى ينظم جميع قواعد الاثبات ضمن مجموعة المرافعات .

وهذا واضح بالنسبة لادلة كشهادة الشهود أو الاقرار القضائى أواليمين تكون نشاطا اجرائيا ، فهى لا تتكون كدليل الا فى الخصـومة وأمام القاضى ، كما هو واضح بالنسبة للقرائن القضائية التى لا يقوم بها الا القاضى • ولكن الامر كذلك أيضا بالنسبة للادلة التى تعد مقدما • فالمستند المعد مقدما لا يظهر قبل الخصومة الا كعمل قانونى عام أو خاص ، ولا يعتبر دليل اثبات الا اذا قدم فى الخصومة • حقيقة أن قيمة الحق فى الحياة تتوقف على امكانية اثباته اذا نشأت خصومة بشـأنه ، ولكن قيمة الدليل فى الاثبات خارج الخصومة انما تكون بالنظر الى خصومة مستقبلة ، فهى مجرد انعكاس نفسى لوظيفة الدليل التى لا تكون الا فى الخصومة • أما خارج الخصومة ، فيمكن تكوين الاقتناع بأيةوسيلة دون التقيد بالقواعد التى ينص عليها قانون الاثبات •

ورغم وحدة طبيعة قواعد الاثبات ، فاننا لا نتعرض بعـد دراسة المبادىء العامة — لاعتبارات تتعلق بمنهج الدراسة — الا للقواعد تقديم الادلة وتحقيقها أمام القضاء ، دون تلك المتعلقة بقبول الدليل أو قوته •

٢٩٠ — محل الاثبات : عندما يطالب المدعى بحماية حق أو مركـز قانونى معين ، يجب عليه بيان الحق الذى يطلب حمايته • وهذا البيان — كما قدمنا — يتطلب أمرين : وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى ، وثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة • ومن المقرر أن الاثبات لا يرد الا على هذه الوقائع • فالخصم لا يطلب منه اثبات القاعدة القانونية ، ذلك أن القاضى يفترض فيه العلم بالقانون Juru novit curia (١) واذا كان الخصـوم يشيرون

(١) Julliot de la Morandière : Droit civil, t. l, Précis Dalloz 1963. No. 230 p, 131, Weil (Alex) : Droit civil, t. l. Précis Dalloz 1968. no. 318 p. 256.

على أنه اذا كانت القاعدة القانونية محل خلاف بين الخصوم ، كما لو قام خلاف حول قيام عرف معين يحكم الواقعة محل النزاع ، فعلى المحكمـة أن تبين فى حكمها مصدر العرف الذى استندت اليه بما يثبت قيامه (نقض مدنى ٢١ أبريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٨٩٤ — ١٢٢) .

عادة الى وجهة نظرهم بشأن القاعدة التى يجب تطبيقها وبشأن تفسيرها ؛ فان هذا لا يعتبر اثباتا بالمعنى الصحيح ، ولا تنطبق عليه قواعده (١) • على أن للقاضى فى بعض الحالات أن يطلب من خصم اقامة الدليل على وجود قاعدة قانونية • فقاعدة افتراض علم القاضى بالقانون لا يؤخذ بها من ناحية بالنسبة للقانون الاجنبى (٢) ، اذ يصعب على القاضى أمام تعدد القوانين الاجنبية واختلافها ، أن يعلم بحكمها (٣) ، ومن ناحية أخرى بالنسبة للعادات أو التشريعات المحلية اذ هذه قد لا يعلمها حتى رجال القانون (٤) • غير أن اقامة الدليل هنا لا تعتبر اثباتا بالمعنى الصحيح ، ولهذا فان القاضى اذا كان يعلم القانون الاجنبى أو المحلى أو العادة فانه يطبقه من نفسه ، كما أنه اذا كلف الخصم باقامة الدليل على وجوده ، فان الدليل الذى يقدمه الخصم لا يكون له سوى قيمة اعلامية تخضع لتقدير القاضى • على أن اقامة الدليل هنا تشبه الاثبات من ناحية أنه اذا لم يثبت القانون الاجنبى أو المحلى أو العادة ، فلا يقبل الطلب أو الدفع أو الطعن المستند اليه (٥) • •

فمحل الاثبات اذن هى وقائع القضية • ويستوى أن تكون الواقعة ايجابية أو سلبية (٦) • واذا كانت هناك وقائع سلبية لا يجوز اثباتها ، مثلا أن شخصا لم يحضر أبدا فى أى يوم فى مكان معين ، فعلة هذا أن الواقعة غير محددة والواقعة غير المحددة لا تصلح للاثبات ، سواء كانت ايجابية أو سلبية (٧) •

---

(١) Sicard (Jean) : La preuve en justice, Paris 1960. No. 25. p.p. 23-25.

(٢) نقض احوال شخصية ٢٩ ديسمبر ١٩٧٦ — مجموعة النقض ٢٢ — ١١٣٦ — ١٩٢ .

(٣) Mazeaud (Herni, et Jean) : Leçons de droit civil t. l. Paris 1963. No. 371 P.P. 389-390.

(٤) سيكار : الاثبات ٢٧ ص ٢٧ . ليبمان : جزء ثان بند ١٧٣ ص ٧٩ . نقض مدنى ٦ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٤٠ — ٨ .

(٥) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٧٧٢ — ١٣٧ .

(٦) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٧٦ ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٧) سيكار : الاثبات بند ٣٢ ص ٢٩ — ٣١ .

واذا كان الاثبات يرد على وقائع قانونية ، فليست كل واقعة تصلح محلا للاثبات ، وانما يجب أن يتوافر فيها الشروط التالية :

١ — أن تكون من الوقائع التى تمسك بها الخصم كأساس لطلب أو دفاع له . فليس للقاضى أن يحقق واقعة خارج الوقائع التى أبديت فى القضية مهما بدت له مهمة . ذلك أنه اذا لم يتمسك أحد الخصوم بواقعة معينة ، فان اثارة القاضى لها تعتبر خروجا على طلبات الخصوم لا يملكه القاضى (١) .

٢ — أن تكون الواقعة غير ثابتة : فاذا كانت الواقعة ثابتة فلا محل لاثباتها . وتكون كذلك :

(أ) اذا كانت من الوقائع التى تعتبر معلومات عامة للاشخاص فى وقت ومكان صدور الحكم ، سواء كانت معلومات تاريخية أو علمية . وسواء كانت معلومة للجنس البشرى أو لابناء اقليم معين . فهذه الوقائع للقاضى أن يستند اليها بصرف النظر عن التمسك بها من أحد الخصوم ، أو عن اثباتها (٢) . على أنه يلاحظ أنه اذا كان للقاضى أن يستند الى هذه المعلومات العامة ، فليس له أن يقضى بعلمه الخاص ، أى بالوقائع التى علمها بطريقته الخاصة . ذلك أن الخصوم لا يستطيعون افتراض هذا العلم لديه ، كما لا يستطيعون مراقبة وجوده (٣) . ومبدأ المواجهة يوجب تمكين الخصوم من مراقبة أدلة الاثبات فى الخصومة (٤) .

(ب) اذا كانت الواقعة محل اتفاق من الطرفين أو معترفا بها (٥) ، اذ عندئذ لا تكون محل نزاع ، ويجب على القاضى أن يضعها فى اعتباره

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٦١ ص ٣٠٦ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٤٢ ق .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٦٢ ص ٣١٣ — ٣١٤ .

(٤) السنهورى : جزء ثان بند ٢٧ ص ٣٢ — ٣٤ .

(٥) كوستا : بند ١٥٢ ص ١٨٤ . نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق . (اقرار الخصم بجوهر الواقعة المراد اثباتها بالاستجواب يجعل طلب الاستجواب غير منتج) . ويلاحظ أن مجرد السكوت لايعتبر اعترافا بالواقعة (ميكيلى : جزء ثان ص ٧٤) .

عند اصدار الحكم . وذلك الا اذا كانت المسألة تتعلق بمصلحة للمجتمع، فعندئذ لا يؤدى الاتفاق أو الاقرار الى ثبوت الواقعة ما لم تكن متفقة حقيقة مع الواقع (١) .

(ج) اذا كان اقتناع القاضى قد تكون بشأنها . فعندئذ لا داعى لاثباتها من جديد . ولهذا فان للقاضى أن يرفض سماع شهود بشأن واقعة ، كون اقتناعه بشأنها (٢) .

(د) اذا كان القانون قد أعفى الخصم من اثباتها ، كما فى حالة الخطأ المفترض كأساس للمسئولية .

٣ — أن يكون من الجائز اثباتها : وقد تكون الواقعة غير جائزة الاثبات اطلاقا بأى دليل . ويحدث هذا اما لانها واقعة مستحيلة فمن العبث محاولة اثباتها ، واما لان القانون لا يجيز اثباتها حماية للنظام العام أو الآداب كاثبات صحة القذف (٣) . وقد تكون الواقعة غير جائزة الاثبات بالدليل المطلوب تقديمه وذلك وفقا لنظام الاثبات الذى ينص عليه القانون (٤) .

٤ — أن يكون اثباتها من شأنه أن يؤدى الى تطبيق الحماية القانونية المطلوبة : فاذا لم تكن كذلك ، فلا فائدة من الاثبات . ويقتضى هـذا الشرط :

(أ) أن تكون الواقعة من الوقائع المحددة ، فاذا لم تكن محددة فلا سبيل لا ثباتها ، ذلك أن القاضى لا يستطيع تحديد علاقتها بالاثر القانونى المطلوب ، اذ الاثر القانونى يرتبط بطبيعته برابطة قانونية محددة .

(ب) أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى (٢ اثبات) . وتكون متعلقة بالدعوى ولو لم تكن هى مصدر الحق محل الحماية ، اذا كانت مرتبطة

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٦٢ ص ٣١٤ — ٣١٦ .
(٢) سيكار : الاثبات بند ٣٨ ص ٣٦ — ٣٧ .
(٣) ليبمان : جزء ثان بند ١٧٣ ص ٧٧ .
(٤) سيكار : الاثبات بند ٣٦ ص ٣٥ — ٣٦ .

بهذا المصدر بحيث تؤدى — فى حال ثبوتها — الى جعل الواقعة مصدر الحق قريبة الاحتمال (١) • ويسمى الاثبات عندئذ بالاثبات غير المباشر •

(جـ) أن تكون منتجة فى الدعوى (٢ اثبات) بمعنى أن يكـــون من شأنها — لو ثبتت — أن تساهم فى تكوين قرار القاضى بمنح الحماية المطلوبة (٢) • ومن تطبيقات هذا الشرط ، عدم جواز اثبات حارس الشيء أنه لم يرتكب خطأ ، اذ لا أثر لهذا فى قرار القاضى ، اذ هذه المسئولية تثبت ولو ثبت عدم الخطأ من جانب الحارس •

٢٩١ — عبء الاثبات : لايكتفى القانون بوجوب أن يكـــون أحـــد الخصوم قد تمسك بالواقعة محل الاثبات ، بل يلقى على الخصم عبء اثباتها • فالخصم لا القاضى هو الذى يثبت الوقائع التى تصلح للاثبات • ويرجع هذا المبدأ من ناحية ، الى أن تدخل القاضى لابد وأن يكون لمصلحة أحد طرفى الخصومة ضد الآخر ، مما يخل بالمساواة بينهما (٣) ، ومن ناحية أخرى ، فان الخصوم أقدر من القاضى على تقديم أدلة الاثبات وذلك لما تتصف به روابط الافراد عادة من تحفظ (٤) • ويترتب على هذا المبدأ أنه حتى لو كان القاضى — حسب علمه الخاص — متأكدا من ثبوت الواقعة ، فانها تبقى غير ثابتة حتى يثبتها أحد الخصوم (٥) • ومن ناحية أخرى ، فان الواقعة ولو ثبتت فى خصومة أخرى بواسطة أطرافها لا تعتبر ثابتة الا اذا أثبتها الاطراف فى الخصومة التى يحدث التمسك فيها بالواقعة •

ولكن اذا كانت القاعدة هى أن عبء الاثبات على الخصوم ، فمن منهم يتحمل هذا العبء ؟ الحل المنطقى هو أن يكون « عبء الاثبات على المدعى » • والمقصود بالمدعى هنا هو من يتمســك بواقعـــة من مصلحته

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : جزء ثان بند ٤٣ ص ٦١ . سوكار بند ٣٥ س ٣٤ •

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ١٧٣ ص ٧٦ •

(٣) Legeais (Reymond) : les règles des preuve en droit civil. Paris 1955 p. 183.

(٤) ليبمان : جزء أول بند ١٢٨ ص ٢٣٠ •

(٥) دى لامور أنديير : جزء أول بند ٢٢٨ ص ١٣ •

الاستناد اليها سواء أكان هو المدعى أصلا فى الدعوى أم المدعى عليه فيها (١) . ولهذا اذا رفع شخص دعوى يطالب بدين على أساس عقد فعليه اثبات هذا العقد ، باعتباره الواقعة المنشئة لحقه . فاذا اقتصر المدعى عليه على انكار هذا العقد فليس عليه أى عبء فى الاثبات (٢) ، أما اذا تمسك بواقعة مانعة لنشأة الالتزام أو منهية له فانه يعتبر بالنسبة لهذه الواقعة مدعيا ، وعليه عبء اثباتها (٣) . ولهذا اذا تمسك المدعى عليه فى الدعوى المشار اليها ببطلان العقد أو بالوفاء بالدين ، فعليه اثبات هذه الواقعة . وقد كان المنطق يوصى بالزام المدعى باثبات أن عقده صحيح ، وأن حقه الذى يطالب به لم ينقض ، اذ بغير هذا لا يكون قد أثبت ادعاءه ، ولكن القانون رأى اعفاءه من اثبات الوقائع المانعة أو المنهية والقاء عبء اثباتها على المدعى عليه (المادة ١ من قانون الاثبات) . وذلك :

(أ) لأن هذا الاثبات يعتبر من جانب المدعى صعبا وفى بعض الحالات مستحيلا ، فتطلبه منه قد يعادل انكار الحماية القضائية لحقه .

(ب) لأن الخصوم هم الذين يتمسكون بالوقائع التى يستند اليها القاضى فى حكمه ، والخصم لا يتصور أن يتمسك الا بالوقائع التى فى مصلحته . وفى هذا تحقيق لمبدأ المساواة بين الخصوم (٤) .

بقيت صعوبة ، وهى تحديد معنى الواقعة المنشئة ، والتى على رافع الدعوى اثباتها . فاذا تعلق الامر بعقد بيع ، فهل على المدعى اثبات كافة أركان هذا العقد وعناصره بأن يثبت التراضى على الشىء المبيع وعلى ثمن محدد وأن يثبت توافر الاهلية وأن المحل قابل للتعامل فيه الخ .. اذا قيل بهذا بصفة مطلقة ، فان معناه اعفاء المدعى عليه من اثبات الواقعة المانعة لنشأة الالتزام اذا حدث وتمسك بها . ولهذا فان من المتفق عليه

---

(١) مازو : جزء اول بند ٣٧٩ ص ٣٩١ ، ليبمان : جزء ثان بند ١٧٧ ص ٨٥ . نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٤٠ — ١٦٣ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٧٦ ص ٣٣٦ .

(٣) انظر : سيكار : الاثبات بند ٤٢ ص ٤٠ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٧٦ ص ٣٣٥ .

أن المدعى لا يقع عليه عبء اثبات جميع عناصر الواقعة المنشئة ، بل فقط بعضا منها . وفى سبيل تحديد ما يجب اثباته ، يرجع — وفقا لأرجح الاراء — الى التفرقة بين ما يعتبر الوضع العادى للامور (١) ، وما لا يعتبر كذلك . ما يعتبر وضعا عاديا ، لا يلتزم المدعى باثباته ، اذ يعتبر أمرا مفترضا . وعلى المدعى عليه أن يثبت عدم توافره فى الحالة المعينة (٢) . ولهذا ففى المثال السابق ، لأن الوضع العادى للامور هو براءة الذمة ، فعلى المدعى أن يثبت نشأة حق له باثباته وجود تراضى على البيع وعلى الثمن المحدد . ولكن ليس عليه اثبات توافر الاهلية أو أن المحل قابل للتعامل فيه أو أن العقد ليس صوريا وليس هزليا ، ذلك أن الوضع العادى للامور هو أنه اذا اتفق شخصان على بيع ، فانهما يكونان ذوى أهلية ويتفقان على محل قابل للتعامل فيه ويكون اتفاقهما حقيقيا وجادا . والوضع العادى للامور قد يتحدد بحسب طبيعة الاشياء ، وقد يتحدد وفقا لنص قانونى ينشىء قرينة قانونية تفترضه كما اذا وجد نص قانونى يفترض خطأ شخص حتى يثبت العكس . على أنه اذا كان عبء الاثبات يوزع حسب الوضع العادى للامور ، فانه يلاحظ ما يلى :

١ — أن القيام بالاثبات فى العمل قد لا يتم حسب التوزيع القانونى . فالمدعى اذا وجد أن من مصلحته اثبات واقعة معينة ، فانه يقوم باثباتها ولو كان عبء اثباتها قانونا على المدعى عليه (٣) .

٢ — أن الدليل المقدم فى القضية يعتبر ملكا لها . وهذا المبدأ يؤدى الى امكان اثبات واقعة بأدلة مقدمة فى القضية من شخص غير من عليه عبء الاثبات (٤) .

٣ — أن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الاثبات لا تتعلق بالنظام العام . ولهذا فانه يجوز للخصمين الاتفاق على نقل عبء الاثبات

(١) السنهورى : جزء ثان بند ٤٨ ص ٧٠ .
(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان ٢٧٧ ص ٢٣٦ — ٢٤٠ .
(٣) فل : جزء اول بند ٣١٧ ص ٣٥٢ — ٣٥٣ .
(٤) ليبمان : جزء ثانى بند ١٧٧ ص ٨٥ .

من أحدهما الى الآخر • وهذا الاتفاق صحيح سواء تم قبل النـزاع أو بعده (١) • واذا ارتضى أحدهما منذ البداية تحمل عبء الاثبات فليس له بعد ذلك أن ينعى على المحكمة نقلها عبء الاثبات (٢) • وأخيرا فانه لا يجوز النعى لاول مرة أمام محكمة النقض بنقل الحكم المطعون فيـه لعبء الاثبات (٣) •

٢٩٢ - سلطة القاضى فى الاثبات : تخضع سلطة القاضى بالنسـبة للاثبات للقواعد التالية :

اولا : ليس للقاضى جمع ادلة الاثبـات (٤) فليس للقاضى البحث عن الوسائل التى تكشف له عن حقيقة الوقائع المقدمة له • فالاثبات يتم بالوسائل التى يقدمها أو يقترحها الخصوم • على أن هذا المبدأ يرد عليه استثناءان :

١ - خول القانون للقاضى بعض السلطات التى تمكنه من تكملة ورقابة عمل الخصوم فى الاثبات ، حتى لا يتمكن الخصوم من اخفـاء الحقيقة عنه • ويزداد هذا الاتجاه فى التشريع الحديث نتيجة لاعتبار الخصومة من أنظمة القانون العام • ونجد تطبيقات لهذا فى قانون الاثبات المصرى بالنسبة لشهادة الشهود والاستجواب واليمين المتممة والمعاينة والخبرة ، اذ للمحكمة أن تأمر بأى اجراء منها من تلقاء نفسها (٥) • ومن

---

(١) عبد الرزاق السنهورى : جزء ثان بند ٥٧ ص ٨٦ ، وقد قضى بأن تطوع خصم باثبات واقعة ليس مكلفا باثباتها وسكوت خصمه يعـد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الآثبات . (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ١٧٣٥ - ٢٤٩) .

(٢) نقض مدنى أول يناير ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ١٠٦ - ٣٠ .

(٣) نقض مدنى ١١ مارس ١٩٧١ - مجموعة النقض ٢٢ - ٢٨٩ - ٤٦ .

(٤) Cappelletti (M.) : Iniziative probatorie del giudice, riv. proc. 1967 p. 497 e ss.

(٥) أنظر المواد ٧٠ من قانون الاثبات بالنسبة للشهادة و ١٠٥ و ١٠٦ بالنسبة للاستجواب و ١١٩ بالنسبة لليمين و ١٣١ بالنسبة للمعاينة و ١٣٥ بالنسبة للخبرة .

المقرر أن الامر بالاجراء فى هذه الاحوال جوازى للمحكمة حسب تقديرها ، فان رأت عدم استعمال سلطتها فليس للخصم أن يعيب عليها هذا ولا معقب عليها من محكمة النقض (١) .

٢ — وفقا لمبدأ أن الأدلة المقدمة تعتبر ملكا للقضية ، يستطيع القاضى استعمال أدلة الاثبات المقدمة من الخصوم لكى يستخلص منها نتائج تكون اقتناعه دون التقيد بما أراده الخصم عند تقديم الدليل (٢) .

ثانيا : للقاضى حرية تقدير الأدلة : وتتيجة لهذا :

١ — لقاضى الموضوع السلطان المطلق فى تقدير كل دليل أو مستند يقدم اليه لكى لا يبنى حكمه الا على الدليل الذى يطمئن اليه وجدانه وشعوره . ولهذا لا تجوز المجادلة أمام محكمة النقض فى تقدير محكمة الموضوع لشهادة شاهد اطمأنت اليه (٣) ، أو لتقرير خبير أخذت به محكمة الموضوع للاسباب الواردة به (٤) . كذلك لا تجوز المجادلة فى استنباط محكمة الموضوع للقرائن القضائية فى الدعوى (٥) . على أن هذه السلطة برد عليها قيدان :

(أ) بالنسبة لادلة الاثبات القانونى ، كالاقرار ، لا يستطيع القاضى تقدير الدليل بل تنحصر سلطته فى التأكد من توافره . وعندئذ عليه اعمال أثره ، اذ يحل محل تقدير القاضى تقدير مسبق للمشرع (٦) .

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٧٥١ — ١٧٠ .

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ١٧٥ ص ٨٢ ، واذا ضمت المحكمة دعويين، فان لها ان تتخذ المستندات المقدمة فى احدى الدعويين دعامة لقضائها فى الدعوى الاخرى (نقض مدنى ٢٨ يناير ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ١٤٨ — ٢٦) .

(٣) نقض ايجارات ٣١ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن ١٠١٨ لسنة ٤٩ ق. مدنى ٥ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٢٨٩ — ٤٩ و ٩ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٣٤٩ — ٥٥ . و ٢٢ يناير ١٩٧٤ — ٣٧ . — ٧٤٢ — ١١٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٦٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢١٦ — ١١٧ .

(٥) نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٥٩٤ — ٩٧ و ٢٢ يناير ١٩٧٤ — مشار اليه .

(٦) ليبمان : جزء ثان بند ١٧٦ ص ٨٢ — ٨٣ .

(ب) الحرية لا تعنى التعسف وانما تعنى استعمال المنطق والاحساس وخبرة الحياة من أجل تقدير معنى الدليل وفاعليته فى الاقناع ولهذا فان تقدير القاضى يجب — لكى لا يخضع لرقابة النقض — أن يكون تقديرا سائغا • فليس له فى تقدير أقوال الشهود أن يستند الى ما يخرج بها عما يؤدى اليه مدلولها ، أو ما يتضمن تحريفا لها أو ما ينبنى على مخالفة للثابت من الاوراق • فان فعل هذا وظهر من حكمه ، كان لمحكمة النقض أن تعمل رقابتها (١) •

٢ — لقاضى الموضوع ، فى تقديره للادلة ، أن يوازن بينها مفضلا بعضها على بعض فيأخذ ببعضها الذى اطمأن اليه ويطرح ما عداه مما لم يطمئن اليه ، وذلك دون رقابة لمحكمة النقض (٢) • ولا يلتزم قاضى الموضوع فى هذا الشأن بابداء أسباب ترجيحه دليلا على دليل (٣) ، كما أنه لا يلتزم بالرد استقلالا على الادلة التى لم يأخذ بها ، ما دام حكمه يقوم على أسباب تكفى لحمله وتسوغ النتيجة التى انتهى اليها (٤) • ولمحكمة الموضوع هذه السلطة ولو كان الدليل الذى طرحته هو نتيجة اجراء أمرت به • على أنه وفقا للمادة ٩ على المحكمة اذا لم تأخذ بنتيجة

---

(١) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٧٩٥ — ٦٦ •

(٢) نقض ايجارات ٢٢ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن ٦٢٢ لسنة ٤٧ ق . نقض مدنى ٢٢ أكتوبر ١٩٦٤ —مجموعة النقض ١٥ — ٩٨٧ — ١٤٧ ، و ١٧ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٨٩ — ٣٠ .

(٣) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٨٤ — ١٧٧ •

(٤) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٨٨ — ١٨٥ ولا يحول دون هذا أن تكون الاسباب التي طرحتها قد قدمت لها وتلك التى أخذت بها مقدمة الى محكمة أول درجة (نقض مدنى ١١ يونيو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١١٤١ — ١٧١) •

على انه اذا كانت الادلة التى طرحتها مؤثرة فى الدعوى ، فيجب على المحكمة ان تبين فى حكمها ما يدل على اطلاعها عليها وبحثها وعلى أنها خلصت فى تقديرها لها الى الراى الذى انتهت اليه . ولا يغني عن ذلكمجرد الاشارة اليها أشارة عابرة أو الرد عليها بأسباب مجملة (نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٢٦٨ — ٤١) •

الاجراء الذى أمرت به أن تبين أسباب ذلك فى حكمها (١) • وتطبيقا لذلك للمحكمة اذا كلفت خصما باثبات دعواه بالبينة فعجز ، أن تحكم فى الدعوى لصالحه ما دامت قد أقامت قضاءها على أدلة كافية (٢) •

٣ — لقاضى الموضوع سلطة تقدير كفاية الادلة التى يقيم عليها قضاءه دون رقابة لمحكمة النقض ، ما دامت هذه الادلة تؤدى الى النتيجة التى استخلصها منها (٣) • ونتيجة لهذا ، فان محكمة الموضوع ليست ملزمة باجابة الخصم الى أى طلب يتعلق بالاثبات متى رأت فى ظروف الدعوى والادلة المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها (٤)(٥) وذلك الا اذا

---

(١) وقد حكم بأن هذا النص تنظيمى لا يترتب عليه البطلان (نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٨ ق .) .

(٢) نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣٨١ — ٦٢ .

(٣) نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٠٤٥ — ١٥٥ .

(٤) ولهذا فان محكمة الموضوع — متى كونت عقيدتها — لا تخل بحق الدفاع ، اذا رفضت طلب ندب الطبيب الشرعى لفحص دماء الصغير (نقض مدنى ٢٨ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٤١٢ — ٦١) أو طلب ضم محضرى جرد حصر تركة المورث (نقض مدنى ٤ سبتمبر ١٩٦٨ — النقض ١٩ — ١٢٥٥ — ١٨٨) أو طلب استجواب الخصم (نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٠٨ — ٩٧) أو طلب اجراء التحقيق لاثبات وقائع يجوز اثباتها بشهادة الشهود (نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٠٢ — ١٦٥) أو طلب الانتقال الى مصلحة الشهر العقارى للاطلاع على تحقيقات أجرتها تلك المصلحة (نقض مدنى ١٠ يونيو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٧٦٠ — ١٢٠) أو طلب ندب خبير أو الاطلاع على الدفاتر (نقض مدنى ٣ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض ١٦ — ٩٦٦ — ١٥٣) . أو طلب اعادة المأمورية للخبير للاستيفاء (نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٣٥٧ — ٦٠) .

كما أن أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بضم ما يطلبه أحد الخصوم من أوراق و مستندات متى رأت أن الأوراق المقدمة فى الدعوى تكفى لتكوين عقيدتها (نقض ايجارات ١٩٨٢/٢/٢٢ — فى الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٤٦ ق.) .

(٥) على أن ذلك مشروط بأن يكون قضاء المحكمة فى الموضوع محمولا على أدلة كافية لحمله ، وفيها الغناء عن الاجراء المطلوب ، واسبابه مؤدية الى ما انتهت اليه ، ولها أصلها الثابت فى الاوراق (نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٨١ — فى الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٥٠ ق .)

تعلق الامر بدفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى اذ يعتبر عدم اجابته اخلالا بحق الدفاع (١) • على أن سلطة المحكمة فى قبول الطلب أو رفضه لا يعنى أن لها تجاهله • فعلى المحكمة اذا قدم لها أى طلب باجراء من اجراءات الاثبات أن تقبله أو ترفضه ، فان هى أغفلته ولم ترد عليه ، كان حكمها مخالفا للقانون (٢) •

ثالثا : للقاضى العدول عما امر به من اجراءات الاثبات : (مادة ٩ من قانون الاثبات) : فللقاضى أن يأمر باجراء من اجراءات الاثبات ثم يعدل عنه ولا ينفذه • وعلة هذا أنه قد تقدم بعد الامر باجراء ما أدلة اثبات أخرى، تغنى عن الدليل الذى أمر القاضى بالاجراء المتعلق به ، وتكـون هذه الادلة الاخرى كافية لتكوين اقتناعه (٣) ، أو قد يتبين للقاضى أن فى الدعوى من الادلة الاخرى ما فيه الغناء • وليس هناك معقب على محكمة الموضوع فى ذلك (٤) • على أنه وفقا للمادة ٩ اثبات على المحكمة أن تبين أسباب عدولها عن الاجراء الذى أمرت به (٥) ، وأن يرد هذا البيان فى محضر الجلسة (٦) •

---

(١) نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٢٠٥ ـ ٣٢ .

(٢) نقض مدنى ١٣ مـايو ١٩٧١ ـ مجمـوعة النقض ٢٣ ـ ٨٩٤ ـ ١٤٠ .

(٣) نقض مدنى ٣ يوليو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢ ـ ١١٠١ ـ ١١٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٥ فى الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٤٧ ق . و ١٣ ديسمبر ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ١١٠٥ ـ ١٧٥ .

(٥) ولا يشترط بيـان هذه الأسباب صراحـة . فيكفى أن يبين من مدونات الحكم ان المحكمة قد وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتـكوين عقيدتها دون حاجة لتنفيذ الاجراء الذى أمرت به (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٧٥ لسنة ٤٦ ق) فيعتبر اقامة المحكمـة حكمهـا على ما توافر لها من أدلة بيانا ضمنيا لسبب عدولها عن قرارها السـابق باتخاذ اجراء معين من اجراءات الاثبات (نقض مدنى ١٩٧٨/٢/٥ فى الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٤٧ ق . العشماوى جزء ثان ـ بند ٩١٨ ص ٤٨٥ .

(٦) على ان المشرع لم يرتب جزاء معينا على مخالفة ذلك . فالنص تنظيمى . ولهذا لا يعيب الحكم عدم الافصاح صراحة فى محضر الجلسة عن اسباب هذا العدول . ويكفى البيان الضمنى فى الحـكم ذاته على مـا هو موضح فى الحاشية السابقة (نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٨١ فى الطعن رقـم ٤٣٢ لسنة ٤٨ ق . و ٢٩ أكتوبر ١٩٧٩ ـ مشار اليه) .

٢٩٣ — القاضى المختص باجراء الاثبات : الاصل أن تقوم المحكمة المرفوعة اليها الدعوى بمباشرة اجراءات الاثبات التى تدخل فى سلطتها . ولكن المشرع — تخفيفا عن كاهلها — :

(أ) أوجب أحيانا أن يباشر الاجراءات أحد قضاة الدائرة التى تنظر الدعوى ، وليس أعضاء الدائرة بأكملها . فوفقا للمادة ٣٢ قانون اثبات اذا أمرت المحكمة بتحقيق الخطوط بشهادة الشهود (١) ، وجب أن يشتمل الحكم على ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق . فلا يجوز أن تقوم به المحكمة بكامل هيئتها (وهو ما تحيل اليه المادة ٥٣ بالنسبة للادعاء بالتزوير) .

(ب) فى غير هذه الحالات ، للمحكمة أن تباشر أى اجراء من اجراءات الاثبات بكامل هيئتها أو أن تندب أحد أعضاء الدائرة لذلك . فالمحكمة تجرى التحقيق بشهادة الشهود ، ولها أن تندب أحد قضاتها لاجرائه (مادة ٧٢) . وهى تنتقل للمعاينة أو تندب أحد قضاتها لذلك (مادة ١٣١) . واذا ندبت المحكمة أحد أعضاء الدائرة لاجراء من اجراءات الاثبات ، وقام به مانع كما لو تنحى عن القضية ، فانه تبسيطا للاجراءات يمكن لرئيس الدائرة دون الرجوع الى المحكمة أن يعين خلفه (مادة ٢/٣ قانون اثبات) .

(ج) اذا كان المكان الواجب اجراء الاثبات فيه بعيدا عن مقر المحكمة ، فللمحكمة ندب القاضى الجزئى الذى يقع هذا المكان فى دائرته للقيام بهذا الاجراء (مادة ٤) . فاذا قام به مانع ، فليس لرئيس المحكمة أن يعين خلفه ، بل يجب الرجوع الى المحكمة التى ندبته (٢) .

---

(١) اما اذا كان التحقيق بالمضاهاة فانه يتم اما من المحكمة بكامل هيئتها او بواسطة خبراء (نقض مدنى ٣٠ يناير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٦٦ — ٣٠)

(٢) اذ المادة الرابعة احالت الى المادة الثالثة بالنسبة للميعاد ، ولم تحل اليها بالنسبة لتعيين الخلف . عكس هذا : رمزى سيف : بند ٤٨٦ ص ٦١٥ .

وسواء كان القاضى المنتدب لاجراء الاثبات هو أحد قضاة الدائرة أو القاضى الجزئى ، فان القانون ينظم سلطته على النحو التالى :

١ ـ تحدد المحكمة للقاضى المنتدب ميعادا لا يتجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة الاجراء المكلف به . ويلتزم القاضى بالميعاد الذى تحدده المحكمة . على أنه لا يترتب على مخالفته أى بطــلان أو سقوط .

٢ ـ على الخصوم تقديم جميع المسائل العارضة المتعلقة بدليل الاثبات المنتدب القاضى بشأنه أمام هذا القاضى ، سواء تعلقت المسألة العارضة بالمنازعة فى قبول الدليل أو فى اجراءات تقديمه أو تحقيقه (١) . ويفصل القاضى فى المسألة العارضة بقرار وقتى واجب النفاذ فورا ولكنه لا يمنع الخصوم من اعادة عرض المسألة على المحكمة عند نظر القضية . وضمانا لالتزام الخصوم بهذه القاعدة ، اذا لم يقدم الخصم مسألة عارضة أمام القاضى المنتدب ، سقط حقه فى عرضها على المحكمــة (مادة ٧ قانون اثبات) .

٣ ـ بعد انتهاء القاضى المنتدب من مهمته التى ندب لها ، عليــه أن يحيل القضية الى المحكمة بكامل هيئتها ، كما أن عليه أن يحيل القضية اليها اذا تعذر عليه القيام بالمهمة . وفى الحالتين ، توجب المادة ٨ عليــه تحديد أقرب جلسة أمام المحكمة لنظر القضية . ويكلف قلم الكتاب باعلان الغائب من الخصوم عند اصدار قرار الاحالة ، بتاريخ الجلسة .

٢٩٤ ـ الحكم الصادر باجراء الاثبات : تخضع الاحكام الصــادرة باجراءات الاثبات لبعض القواعد الخاصة بها هى :

١ ـ لا يلتزم القاضى بتسبيب حكمه : فالحكم الصادر بالامر باجراء من اجراءات الاثبات لا يخضع للقاعدة العامة التى توجب أن يشتمل الحكم على أسبابه . ويجب تفسير هذه القاعدة الخــاصة تفســيرا ضــيقا . فهذه القاعدة تنطبق على « الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات » (مادة٥)

---

(١) العشماوى : جزء ثان بند ٩١٧ ص ٤٨٢ .

أى ـ بتعبير المذكرة الايضاحية ـ « الأحكام الصادرة بالامر باجراءات الاثبات » دون غيرها • فهى لا تسرى من ناحية على الحكم الصادر برفض اجراء من اجراءات الاثبات (١) ، كالحكم الصادر برفض الاحالة الى خبير أو رفض طلب المعاينة • كما لا تسرى ، من ناحية أخرى ، على الحكم الذى ينفذ اجراء من اجراءات الاثبات • فمثل هذا الحكم لا يأمر بالاجراء • ومثاله الحكم الصادر من قاضى الأمور المستعجلة باثبات الحالة نتيجة للدعوى الاصلية باثبات الحالة (٢) ، أو بسماع شهود نتيجة لدعوى سماع شاهد • أو الحكم الصادر من محكمة الموضوع بتقرير صحة الورقة نتيجة لدعوى تحقيق الخطوط • وأخيرا ، فان هذه القاعدة لا تسرى على أى حكم قطعى ولو تضمنه الحكم الصادر باجراء الاثبات • فلو تضمن الحكم الصادر باجراء الاثبات قرارا يتعلق بجواز الاثبات بطريق معين أو عدم جوازه ، أو فصل فى مسألة تتعلق بموضوع الدعوى كما لو قرر مسئولية المدعى عليه أو كيف العقد على نحو معين ، فان هذه المسألة تعتبر مختلفة عن اجراءات الاثبات وتكون بصدد قرارين مختلفين ، ان أعفى المشرع القاضى من تسبيب أحدهما ، فهو لا يعفيه من تسبيب الآخر (مادة ٥ قانون الاثبات) •

٢ ـ وجوب اعلانه الى الخصم الغائب : يجب اعلان منطوق الحكم الصادر باجراء الاثبات الى من لم يحضر جلسة النطق به ، ولو كان قد حضر جلسة سابقة وبالتالى يعتبر وفقا للقواعد العامة خصما حاضرا • ومن ناحية أخرى ، يجب اعلان جميع الخصوم بالامر الذى يصدره القاضى بعد ذلك بتعيين تاريخ اجراء الاثبات كما هو الحال بالنسبة لتعيين يوم قيام الخبير بمهمته أو سماع القاضى الشهود • ويترتب على

---

(١) عكس هذا : رمزى سيف : بند ٤٨٨ ص ٦١٨ . وانظر تأييدا لرأينا : وجدى راغب ـ مبادىء ص ٣٢٧ .

(٢) انظر مع اختلاف العلة : راتب ونصر الدين كامل : قضاء الأمور المستعجلة جزء أول بند ٢١٢ ص ٦٠٨ . وايضا : ابو الوفا : بند ٤٩٨ م ص ٦٥٦ وحاشية ٣ ص ٦٥٧ .

عدم الاعلان فى الحالين — وفقا لنص المادة ٥/١ — بطلان العمل (١) • ويتم الاعلان بناء على طلب قلم الكتاب • ويجب أن يصل اعلان الامـر بتعيين تاريخ الاجراء الى المعلن اليه قبل هذا التاريخ بيومين على الاقـل (٥ / ٣) ويضاف اليه ميعاد مسافة وفقا للقواعد العامة • على أن الاعلان واجب فقط بالنسبة لتاريخ بدء الاجراء • فاذا اقتضى الاجراء أكثر من جلسة أو أكثر من يوم ، فيكفى أن يذكر فى المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل اليهما ، ولاحاجة لاعلانهما الى الخصم ولو كان غائبا عند التأجيل ، ذلك أن على الخصم ما دام قد علم بتاريخ بدء الاجراء أن يتابع سيره (٢) •

ثانيا : قواعد خاصة

١ — الادلة الكتابية

٢٨٩ — الزام شخص بتقديم محرر تحت يده : الاصل أن يقدم كل خصم الدليل الذى يفيده ، فلا يلتزم الخصم بتقديم دليل ضـد نفسـه nemo tenetur edere contra se (٣) • على أن هذه القاعدة التقليدية من شأنها اخفاء الحقيقة عن القاضى ، ولهذا عمد الفقـه الى الخـروج عليها ، وقرر امكان الزام الخصم أو الغير بتقديم محرر تحت يده فى بعض الحالات (٤) •

وينص قانون الاثبات المصرى فى المواد ٢٠ وما بعدها منه على حالات محددة يمكن طلب الزام الخصم أو الغير فيها بتقديم محرر تحت يده ، ويرسم اجراءات الطلب ويضع جزاء معينا على مخالفة الخصم لامر القاضى فى هذا الشأن • ثم يضيف الى هذه الحالات المحددة نصا عاما يجيز الزام

---

(١) على أن هـذا البطـلان مقرر لمصلحة الخصم الذى لم يعلن فله وحده التمسك به . (نقض مدنى ٥ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٢ — ١٤)

(٢) العشماوى : جزء ثان بند ٩١٥ ص ٤٨٠ .

(٣) السنهورى : جزء ثان بند ٣١ ص ٣٨ .

(٤) ساتا : بند ١٧٦ ص ٢٥٣ . موريل : بند ٤٧٨ ص ٣٨٣ .

أى شخص بتقديم أى شىء أو مستند تحت يده (المادة ٢٧) (١) • وذلك على النحو التالى :

١ — **التنظيم الخاص** :وفقا له يمكن الزام الخصم أو الغير بتقديم محرر تحت يده (٢) فى أحوال محددة هى (٢٠ و ٢٦ من قانون الاثبات):

١ — اذا كان القانون يورد نصا يجيز مطالبته بتقديم المحرر أو تسليمه • ومن هذه ما ينص عليه القانون التجارى المصرى من حالات يجيز فيها للمحكمة الامر — ولو من تلقاء نفسها — بتقديم الدفاتر التجارية أو الاطلاع عليها (مادة ١٦ تجارى وما بعدها) •

٢ — اذا كان المحرر مشتركا بينه وبين خصمه أو بينه وبين الغير • وذلك كما لو كان هو والخصم أو الغير طرفى عقد تبادلى ، وكان المحرر من نسخة واحدة فى حيازة الخصم أو الغير •

٣ — اذا كان الخصم قد استند اليه فى أية مرحلة من مراحل الخصومة • فاذا استند خصم الى محرر أمام محكمة أول درجة ، فان لخصمه اذا أستؤنف الحكم أن يطلب الزامه بتقديمه أمام المحكمة الاستئنافية •

ويجب لالزام شخص بتقديم محرر تحت يده ، فضلا عن توافر احدى هذه الحالات ، أن يبين الطالب فى طلبه المحرر الذى يطلب تقديمه ويحدد أوصافه ومضمونه ، كما يحدد الواقعة التى يريد اثباتها بالاستناد اليه ، ويعرض ما يثبت وجود المحرر تحت يد المطلوب منه تقديمه (٢١ قانون الاثبات) • ويكفى بالنسبة لهذا البيان الاخير أن يشير الطالب الى دلائل وظروف تؤيد وجود المحرر تحت يد الخصم أو الغير ، ولا يجب تقديم

---

(١) وسواء أمر القاضى بتقديم الورقة وفقا للتنظيم الخاص او العام ، فان امره يعتبر امرا باجراء من اجراءات الاثبات يجوز له العدول عنه وفقا للمادة ٩ اثبات بشرط بيان اسباب العدول فى المحضر . (نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٩ — ٢٤٤ — ٤٣) .

(٢) ويقدم الطلب الى المحكمة التى تنظر الدعوى وليس الى الخبير المنتدب فيها (نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ — ١٥١٢— ٢٣٠) .

اثبات كامل على هذا الا اذا أنكر الخصم أو الغير وجود محرر تحت يده(١) . واذا توافرت هذه الشروط ، كان للقاضى أن يأمر بالزام من يحوز المحرر بتقديمه . ويدخل الامر فى سلطته التقديرية شأنه شأن أى اجراء من اجراءات الاثبات (٢) . فاذا كان هذا الشخص من الغير ، فانه يدخل فى الخصومة ولو لاول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (٦ قانون الاثبات) باجراءات ادخال الغير . أما اذا لم تتوافر الشروط اللازمة لالزام الخصم أو الغير بتقديم محرر تحت يده فان طلب الالزام أو الادخال للالزام يكون غير مقبول (٣) .

فاذا أقر الشخص بأن المحرر فى حيازته أو لم ينكر صراحة حيازته له . أمرته المحكمة بتقديمه فورا أو فى مهلة تحددها له . ويكون الحال كذلك ولو أنكر صراحة حيازته له اذا قام الطالب بتقديم اثبات كاف على وجود المحرر تحت يده . أما اذا أنكر صراحة حيازته المحرر ، ولم يقدم الطالب اثباتا كافيا على هذا ، وانما اقتصر على ما قدمه من « الدلائل والظروف » فان على المنكر أن يحلف يمينا « بأن المحرر لا وجود له » أو « أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه » (مادة ٢٣ قانون الاثبات) . فاذا امتنع عن تقديم المحرر أو عن حلف هذا اليمين (حسب الأحوال) ، فانه يفرق بالنسبة للجزاء بين ما

---

(١) قارن المادتين ٢١ و ٢٣ قانون الاثبات وقرب : كارنيلوتى نظم جزء ثان بنده ٤٦٥ ص ٧٨ . وتقدير الأدلة والمبررات التى تجيز للخصم ان يطلب الزام الخصم بتقديم اية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده هو نظر موضوعى يتعلق بتقدير الأدلة مما يستقل به قاضى الموضوع . (نقض تجارى ١٩٨١/١٢/٢٨ فى الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٢ ق .) .

(٢) نقض تجارى ١٩٨١/١٢/٢٨ مشار اليه ونقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٤٢ ق . (ويجوز أن يكون رفضها ضمنيا) . رمزى سيف : بند ٤٩٠ ص ٦٢١ . وعلى القاضى ان يمتنع عن الأمر بالالزام اذا كان الغير يضار منه كما لو تعلق برسالة خاصة تحوى أسرارا للغير (موريل : بند ٤٧٩ ص ٣٨٤) .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٥ — فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق.

اذا كان هذا الشخص من أطراف الخصومة أو من الغير . فاذا كان خصما ، فان الجزاء هو أنه اذا قدم الطالب صورة من المحرر فانها تعتبر مطابقة للاصل . وبالتالى لها قوة الاصل فى الاثبات . واذا كان الطالب لم يقدم صورة من المحرر فان للقاضى أن يأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر وموضوعه (٢٤ اثبات) وهو مايعنى جواز أن يقوم قول الطالب فى هذا الشأن مقام المحرر العرفى ، وتكون له قوته فى الاثبات (١) . أما اذا كان المطلوب منه تقديم المحرر شخصا من الغير ، فان هذا الشخص رغم ادخاله فى الخصومة لالزامه بتقديم المحرر لا يعتبر خصما بالمعنى الصحيح . فمركزه كمركز الشاهد الذى يدعى للشهادة . وهو لا يعتبر طرفا فى الخصومة ولو أنكر وجود المحرر تحت يده أو امتنع عن تقديمه (٢) . ولأن هذا الشخص رغم ادخاله لا يعتبر خصما فلا يمكن توقيع هذا الجزء الخاص عليه اذ هو جزاء — بطبيعته — لا يتصور فرضه الا على خصم ، وانما تطبق عليه الجزاءات العامة التى سيلى بيانها بالنسبة للتنظيم العام .

٢ — **التنظيم العام** : وفقا للمادة ١/٢٧ من قانون الاثبات « كل من حاز شيئا أو أحرزه يلزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشىء ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فاذا كان الامر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة الى القضاء ، ولو كان لمصلحة شخص لا يريد ألا أن يستند اليها فى اثبات حق له » . وبهذا النص العام ، يأخذ المشرع المصرى بالدعوى المعروفة بدعوى العرض actio ad exhibendum وينظمها بصفة عامة ، فلا تقتصر على حالات محددة . وتطبيقا للمادة ٢٧ اثبات ، أصبح للقاضى سلطة عامة فى أن

---

(١) وللمحكمة السلطة التقديرية فى هذا الشأن فلها ان تأخذ بقول المدعي ولها الا تأخذ به ، كما ان لها — اذا رات — احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات صحة قوله . (نقض مدنى ١٤ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٣٥٩ — ١٨٨) .

(٢) كارنيلوتى : نظم جزء ثان ٤٦٥ ص ٧٨ .

يأمر — بناء على طلب أحد الخصوم — بالزام أى شخص خصما أو من الغير بعرض ما لديه من مستندات أو أى أشياء أخرى ، ولو لم تتوافر احدى الحالات التى تنص عليها المادة ٢٠ من قانون الاثبات (١) . على أنه يلاحظ أنه اذا كان للقاضى أن يأمر بسماع شهود أو أن يستجوب الخصم من تلقاء نفسه ، فانه ليس له أن يأمر بالعرض الا بناء على طلب . واذا كان محرز الشىء من الغير ، فانه يدخل فى الخصومة وفقا لما تقدم .

ويجب لقبول طلب العرض توافر الشروط التالية :

١ — أن يحدد الطلب الشىء أو المستند محل العرض وأن يتضمن ما يدل على وجوده فى حيازة المطلوب منه العرض . فلا يجوز طلب البحث فى أوراق المدعى عليه أملا فى العثور على مستند يفيد الدعوى (٢) . ولا يجب أن يقدم الطالب أدلة كافية على وجود الشىء لدى هذا الاخير ، بل يكفى أن يقدم من القرائن والظروف ما يكفى للدلالة على وجوده لديه (٣) .

٢ — أن يكون فحص هذا الشىء أو المستند ضروريا سواء للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده أو مداه ، أو للاستناد اليه فى اثبات هذا الحق . وعلى هذا لا يكفى لقبول الطلب أن يكون هذا الفحص مفيدا أو ملائما (٤) .

٣ — ألا يكون لحائز الشىء مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه . وليس المقصود بذلك أن يكون من شأن العرض خسارته للقضية أو جعل موقفه فيها أكثر صعوبة . فيجب أن تكون المصلحة المشروعة

---

(١) كوستا : بند ٢٢٣ ص ٢٧٠ .

ويعتبر واجب العرض من الواجبات العامة ، كواجب الشهادة او الخضوع للاستجواب ، أساسه أن كل شخص عليه أن يعاون القضاء فى ادائه لوظيفته اندريولى : جزء ثان ص ١٣٤ . دونوفريو ، جزء أول بند ٤٨٤ ص ٣٨٠ — ٣٨١ .

(٢) موريل : بند ٤٧٩ ص ٣٨٤ .

(٣) كارنيلوتى : نظم جزء ثان بند ٤٦٥ ص ٧٨ .

(٤) دونوفريو : جزء أول بند ٤٨٤ ص ٣٨١ .

خارج الخصومة . ومثالها أن يكون من شأن العرض افشاء سر يلتزم الحائز قانونا بحفظه ، أو أن يكون من شأن العرض اصابته بضرر جسيم سواء كان هذا الضرر أدبيا كافشاء سر عائلي أو كان ضررا ماديا (١) . ذلك أنه اذا وجب على شخص معونة القضاء ولو أضير من هذا ، فيجب ألا يكون هذا الضرر جسيما بحيث يضع عليه عبئا أكبر مما يمكن أن يفرض على الشخص كواجب عام .

وللقاضي سلطة تقديرية بشأن قبول الطلب أو رفضه وفقا لظروف القضية ، وله اذا قبل الطلب أن يعلق عرض الشيء أو المستند على تقديم طالب العرض كفالة يقدرها تضمن لمحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض (٣/٢٧ اثبات) . واذا كان عرض الشيء يتطلب نفقات ، فيجب على من طلبه أن يدفعها مقدما . فان لم يفعل ، فليس على من ألزم بالعرض القيام به (٢) .

ولم تنص المادة ٢٧ على جزاء لعدم امتثال محرز الشيء للامر بعرضه ، ونرى عدم تطبيق الجزاء الخاص الذى تنص عليه المادة ٢٤ والسابق بيانه . فهذا الجزاء لا يطبق الا على حالات الالزام بالعرض التى تنص عليها هذه المادة . ولهذا فانه يجب الرجوع الى القواعد العامة . وهى تقضى بامكان الالتجاء الى الغرامة التهديدية ، كما يجوز تطبيق نص المادة ٩٩ مرافعات التى تنص على الحكم بغرامة من جنيه الى عشرة جنيهات أو الحكم على المدعى بوقف الخصومة . وأخيرا ، فانه يمكن طلب التعويض وفقا للقواعد العامة . وهذه الجزاءات يمكن أن توقع — باستثناء الحكم بوقف الخصومة الذى لا يوقع الا على المدعى — على محرز الشيء أو المستند سواء كان خصما أو كان من الغير الذى أدخل فى الخصومة لالزامه بالعرض . على أنه اذا كان محرز الشيء خصما ، فانه تضاف الى هذه الجزاءات ، أن المحكمة يمكنها أن تتخذ من هذا الامتناع قرينة قضائية لمصلحة طالب العرض .

---

(١) دونوفريو : الاشارة السابقة .
(٢) اندريولى : جزء اول ص ١٣٥ .

٢٩٦ — تقرير حقيقة او تزوير المحرر : اذا أنكر من ينسب صدور محرر عرفى اليه صراحة خطه أو امضاء أو ختمه أو بصمة أصبعه أو أنكر ذلك خلفه (١) أو نائبه ، فلا تكون للمحرر قوته فى الاثبات الا اذا أثبت من يتمسك به صدوره ممن ينسب اليه • فاذا لم يحدث انكار للمحرر ، كان للمحرر قوته فى الاثبات الا اذا أثبت من ينسب اليه تزويره • وعلى العكس ، فان للمحرر الرسمى قوته — دائما — فى الاثبات حتى يثبت تزويره • فتقرير صدور المحرر ممن ينسب اليه لا يكون الا بالنسبة للمحررات العرفية ، ويقع عبء اثباته على المتمسك بالمحرر • أما تقرير تزوير المحرر فقد يكون بالنسبة للمحررات العرفية أو الرسمية ، ويقع عبء اثباته على المتمسك ضده بالمحرر (٢) (٢٩ اثبات) • على أنه يلاحظ أنه اذا لجأ من ينسب اليه المحرر العرفى الى طريق الادعاء بالتزوير ، فان عليه عبء اثباته • ولا يكون على المتمسك بهذا المحرر — عندئذ — عبء اثبات صحته • ولا يستطيع من ينسب اليه المحرر أن يلجأ بعد ادعائه بالتزوير الى طريق الانكار لاسقاط قوة المحرر وتحميل المتمسك به عبء اثبات صدوره ممن ينسب اليه (٣) •

وقد رسم القانون من أجل اثبات صدور المحرر ممن ينسب اليه ، أى من أجل اثبات أن الكتابة أو التوقيع له ، اجراءات معينة يطلق عليها اجراءات تحقيق الخطوط • كما رسم القانون من أجل اثبات تزوير المحرر اجراءات معينة تسمى اجراءات الادعاء بالتزوير • ويلاحظ أن الهدف من الطريق الأول هو اثبات أن محررا ما هو حقيقة محرر عرفى ، وأن الهدف من الطريق الثانى هو اثبات أن محررا ما ليس فى الحقيقة —

---

(١) ويكفى بالنسبة للوارث نفى علمه — مصحوبا باليمين — بأن الخط او الامضاء أو البصمة او الختم هو لمورثه (٢/١٤ اثبات) دون حاجة للانكار صراحة ، ودون حاجة للادعاء بالتزوير . ولكن يتعين على المتمسك بالورقة اثبات صدورها من المورث . (نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض ١٦ — ١١٨٤ — ١٨٥) .

(٢) كوستا : بند ٢٤٢ ص ٢٨٦ . مازو : جزء أول بند ٤١٨ ص٤٢٣ .

(٣) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٦٢ — ١٣ — (كما لا يستطيع الوارث أو الخلف الالتجاء الى الانكار أو التجهيل بعد ان اسقط سلفه حقه فيه بالادعاء بالتزوير) .

كما يبدو — محررا عرفيا أو رسميا • فهى مشكلة تتعلق باثبات أو نفى دليل الاثبات فى الخصومة •

٢٩٧ — ١ — تحقيق الخطوط — دعوى التحقيق الاصلية : وتنظم اجراءاته المواد من ٣٠ الى ٤٨ من قانون الاثبات • ولأنها اجراءات تتميز بعض التعقيد ، فان الالتجاء اليها فى الحياة العملية نادر (١) • يساعد على هذا من ناحية أنه لا يحدث كثيرا أن ينكر شخص خطه أو توقيعه ، ومن ناحية أخرى ، فان المحكمة لا تأمر باتباع هـذه الاجراءات الا اذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها غير كافية لتكوين عقيدتها فى هذا الشأن (٢) • فلها — بغير اتباع هذه الاجراءات — أن تقرر أن الكتابة أو التوقيع حقيقى أو غير حقيقى استنادا الى قرائن معينة فى الدعوى (٣) أو بعد سماع الشخص الذى حرر الورقة (٢/٢٨ اثبات) • وأخيرا ، فان المحكمة يمكنها أن تهمل طلب تحقيق الخطوط اذا وجدت أن الطلب غير جدى قد قدم لمجرد التسويف (٤) أو وجدت أن المحرر غير منتج فى النزاع (١/٣٠ قانون الاثبات) (٥) •

وقد يتم الامر بالتحقيق من تلقاء نفس المحكمة ، أو بناء على طلب من ذى الشأن • وهذا الطلب قد يقدم فى صورة دعوى فرعية أثناء نظر الخصومة التى حدث التمسك فيها بالمحرر العرفى وهذا هو الغالب ، وقد يقدم فى صورة دعوى أصلية • وعندئذ نكون بصدد دعوى تقريرية تتعلق بتقرير واقعة • وقد نظمها القانون المصرى فى المواد ٤٥ وما بعدها من قانون الاثبات •

---

(١) موريل : بند ٤٨ ص ٣٨٥ .

(٢) فنسان : بند ٧١ ص ٧٠٠ (الطبعة ١٤ سنة ١٩٦٩) .

(٣) نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٣٥ — ١٦٨ .

(٤) نقض مدنى ٤ ابريل ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٧٦٠ — ١١٦ .

(٥) على ان المحكمة ملزمة بأن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى استندت اليها لعدم اجرائها التحقيق والتى كونت عقيدتها والا كان حكمها مخالفا للمادة ٣٠ من قانون الاثبات (نقض مدنى ١٩٨١/٦/١٥ فى الطعن رقم ٢٣٣ لسنة ٤٩ ق .) .

وترفع دعوى التحقيق الاصلية من الشخص الذى بيده المحرر العرفى على من يعتقد أن المحرر بخطه أو بتوقيعه (١) (٤٥ اثبات) . فاذا حضر المدعى عليه وأقر به ، أثبتت المحكمة اقراره وألزمت المدعى بالمصروفات . وبهذا تنتهى الخصومة . ويعتبر مجرد سكوت المدعى عليه أو عدم انكاره للمحرر أو عدم نسبته الى غيره اقرارا ضمنيا به (٤٦ اثبات) . فاذا لم يحضر المدعى عليه ، فان المحكمة تحكم — فى غيبته — بصحة الخط أو الامضاء . على أنه حماية للخصم الغائب ، أجاز القانون له استئناف هذا الحكم فى جميع الاحوال (٤٧ اثبات) . وليس لهذا النص مقابل فى حالة ما اذا تمسك الخصم بمحرر أثناء خصومة قائمة ، وهى مفارقة بالنسبة لاثر الغياب ليس لها ما يبررها (٢) .

وترفع دعوى التحقيق الاصلية بالاجراءات المعتادة ، وتقبل ولو كان الالتزام الوارد بالمحرر غير مستحق الاداء (٤٥ قانون اثبات) ، وتختص بها محليا المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة . وهى محكمة موطن المدعى عليه . ومن المقرر أن هذه الدعوى باعتبارها دعوى تقريرية يجب أن ترفع على جميع الاشخاص الذين يستمدون من المحرر دليلا على حقهم أويستند التزامهم اليه . فتعدد هؤلاء جميعا فى الخصومة يكون اجباريا (٣) .

وسواء رفعت دعوى التحقيق كدعوى أصلية أو كدعوى فرعية فان التحقيق يتم وفقا للقواعد الاتية :

١ — يجب المحافظة على المحرر المطلوب تحقيق الكتابة أو التوقيع به . ولاجل هذا الهدف يوجب القانون (٣١ ، ٣٢ من قانون الاثبات)

---

(١) اندريولى : جزء ثان بند ٢١٦ ص ١٤٦ . دونوفريو : جزء أول بند ٥٠٦ ص ٣٩٣ .

(٢) انظر المادة ٢١٥ اجراءات مدنى ايطالى وهى تعتبر غياب الخصم اقرارا ضمنيا فى جميع الاحوال ووفقا للمادة ٢٩٦ من قانون المرافعات الفرنسى لا يترتب هذا الاثر الا اذا كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه (فنسان : بند ٧٠٩ ص ٩١٩) .

(٣) كوستا : بند ٢٤٣ ص ٢٨٧ . وعلى العكس ، فان دعوى التحقيق الفرعية لا يجب ان يختصم فيها كل أطراف الورقة اذ هى بطبيعتها ترمى الى خدمة الخصومة الاصلية .

التوقيع على المحرر من القاضى رئيس الجلسة والكاتب • وتحرير محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بيانا كافيا لتمييزه ، يوقعه رئيس الجلسة والكتاب والخصوم • وايداع المحرر لدى المحكمة •

٢ ــ يجب أن يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق (١) وتحديد اليوم والساعة اللذين يبدأ فيهما التحقيق مع الامر بايداع المحرر قلم الكتاب (مادة ٣٢) • كما يجب أن يشتمل المنطوق على تعيين خبير أو ثلاثة خبراء لاجراء المضاهاة ، اذا رأت المحكمة أن يجرى التحقيق بواسطة المضاهاة •

٣ ــ تحدد المحكمة فى حكمها بالتحقيق الطريق الذى يجب اتباعه • ويكون التحقيق بسماع الشهود أو بالمضاهاة أو بهما معا (مادة ٣٠) على النحو الآتى (٢) :

(أ) سماع الشهود : والمقصود بذلك أن يسمع شهود يؤكدون مشاهدة الخصم وهو يقوم بكتابة السند أو بتوقيعه (٣) أو يعلمون وقائع تسمح للقاضى بالكشف عن الحقيقة بخصوص واقعة الكتابة أو التوقيع(٤)• فلا تكفى شهادة الشهود على حصول الاتفاق الذى يتضمنه السند ، والا وجب التقيد بما يجوز الاثبات فيه بالبينة (٥) ، ويكون محل الاثبات عندئذ لا وجود محرر عرفى ذى فاعلية بل وجود الواقعة التى يراد أن يكون

---

(١) على أن هذا الندب لا يكون الا حيث ترى المحكمة اجراء التحقيق بشهادة الشهود . أما اذا رأت اجراءه بالمضاهاة فلا يكون لهذا الاجراء مقتضى اذ أن المضاهاة اما أن تجريها المحكمة بنفسها أو تندب خبيرا أو ثلاثة خبراء لاجرائها . (نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٤ ــ مجموعة النقض ــ ١٥ ــ ١٦٦ ــ ٣٠) .

(٢) على ان هذين الطريقين لم يردا على سبيل الحصر ، فيمكن للمحكمة تحديد اى طريق آخر تراه مفيدا فى هذا الشأن (سوليس : محاضرات ص ٥٠١) .

(٣) كوستا : بند ٢٤٣ ص ٢٨٨ .

(٤) موريل : الاشارة السابقة . بل ان القضاء الفرنسى يقبل الاستشهاد باشخاص لمجرد انهم يعرفون توقيع أو كتابة المنكر . (انظر : فنسان : بند ٧١١ ص ٧٠١ الطبعة ١٤ سنة ١٩٦٩) .

(٥) سوليس : محاضرات ص ٥٠٢ .

المحرر دليلا عليها • ويتبع بالنسبة لسماع الشهود القواعد العامة فى هذا الشأن (٤٢ اثبات) •

(ب) المضاهاة : أى مضاهاة الخط أو الامضاء أو بصمة الاصبع أو الختم الذى حصل انكاره بخط أو امضاء أو بصمة أو ختم من الثابت انها للمنكر • وهذا الثبوت يتحقق بالنسبة للخط أو الامضاء أو البصمة أو الختم (مادة ٣٧) : ١ ـ الذى يتم أمام القاضى (١) : واذا دعى الخصم للكتابة أو الامضاء أو البصم أمام القاضى ، وامتنع عن الحضور بغير عذر مقبول أو حضر (٢) وامتنع عن الكتابة أو التوقيع أو البصم ، فان للقاضى سلطة الحكم بصحة المحرر (٣٥ اثبات) • أو ٢ ـ الموضوع على محرر رسمى (٣) : على أن المحكمة ليست ملزمة بأن تقبل للمضاهاة كل ورقة رسمية • فلها اذا وجدت فى بعض الاوراق الصالحة للمضاهاة ما يكفى لاجرائها ، أن تقصرها عليها وأن تستبعد الاوراق الاخرى (٤) • أو ٣ ـ الذى يتضمنه الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه (٥) • أو ـ ٤ ـ ما يتفق الخصوم على المضاهاة عليه (٦) •

---

(١) ولا يجب حضور الخبير اجراء الاستكتاب امام القاضى (نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٣٠٧ ـ ١٩٨) .

(٢) تنص المادة ٣٥ اثبات على هذا الجزاء فى حالة رفض الخصم الحضور بغير عذر مقبول ، ونرى امكان تطبيقه ايضا فى حالة حضوره ورفضه الكتابة او التوقيع .

(٣) وتنظم المادتان ٣٨ و ٣٩ اثبات وسيلة احضار الورقة الرسمية أو الانتقال الى مكانها لاجراء المضاهاة .

(٤) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ٥٩٩ ـ ٩٠ .

(٥) أو من اى محرر آخر . على انه يجب ان يكون هناك اعتراف بالورقة العرفية من الخصم . فلا يكفى اتخاذه موقفا سلبيا بالسكوت بل يجب أن يكون هناك موقف ايجابى يستدل منه فى وضوح على اعترافه . (نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١١٦٥ ـ ١٨٤) .

(٦) وتنص المادة ٣٤ اثبات على حضور الخصوم فى اليوم والساعة المحددين للتحقيق لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على مايصلح منها لذلك . فاذا تخلف المتمسك بالورقة العرفية بغير عذر ، فان للقاضى أن يحكم بسقوط حقه فى الاثبات بها . واذا تخلف من تنسب اليه الورقة وقدم الاول أوراق مضاهاة ، فان للقاضى أن يعتبرها صالحة ولو لم تكن من تلك التى ينص عليها القانون والمبينة فى المتن .

وتجرى المضاهاة بواسطة الخبراء أو بواسطة المحكمة بكامل هيئتها. ويجب أن يحدد القاضي أوراق المضاهاة ويوقع الخبير والخصوم والقاضي والكاتب عليها قبل الشروع في التحقيق « ويذكر ذلك في المحضر » (٤٠ اثبات) . ووفقا للمادة ٤١ اثبات اذا تمت المضاهاة بواسطة أولى الخبرة ، فانه تراعى القواعد المقررة في الباب المتعلق بالخبرة ، ومع ذلك فقد استقرت محكمة النقض على أنه اذا وردت في الفصل الخاص باثبات صحة المحررات قواعد خاصة تتعلق بأعمال الخبير فان هذه القواعد هي التي تنطبق دون القواعد العادية الواردة في الباب المخصص للخبرة (١) .

ويلاحظ أن المحكمة لا تلتزم باجراء المضاهاة على ما يقدم لها من أوراق للمضاهاة ولو كانت أوراقا رسمية ، فاختيار أوراق المضاهاة يدخل في تقدير محكمة الموضوع (٢) . كما يلاحظ أن أوراق المضاهاة ليست أدلة اثبات على الكتابة أو التوقيع ، وانما هي تقدم كقرائن تستمد منها المحكمة أو الخبير اقتناعه بأن الكتابة أو التوقيع هي لمنكرها . ولذلك فانها تخضع لسلطة القاضي ، و لاتكون لها قوة المحررات العرفية كدليل مقيد (٣) . على أن أوراق المضاهاة التي حددتها المادة ٣٧ واردة في القانون على سبيل الحصر ، فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها (٤) .

واذا حكم بصحة كل المحرر ، وجب الحكم على الخصم الذي أنكره بغرامة من عشرة جنيهات الى خمسين جنيها (٤٣ اثبات) ، دون اخلال بحق المتمسك بالمحرر في المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة . وسواء قضت المحكمة — في دعوى تحقيق الخطوط الفرعية — بصحة المحرر

---

(١) نقض مدني ٢٥ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥١٤ — ٨٢ . (وقضي بعدم تطبيق ما تنص عليه المادة ١٤٦ من قانون الاثبات على عمل الخبير في المضاهاة) . وايضا : نقض مدني ١٣ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٢٦٤ — ٣٩ .

(٢) وعلى المحكمة ان تسبب استبعادها لما قدم لها من أوراق المضاهاة تسبيبا كافيا (نقض مدني ٣١ اكتوبر ١٩٦٣ مجموعة النقض ١٤ — ١٠٠٦ — ١٤٣) .

(٣) اندريولي : جزء ثان بند ٢١٦ ص ١٤٥ — ١٤٦ .

(٤) نقض مدني ١١ يناير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٥٤ — ٩ . وهذا ما يفهم من صياغة المادة ٣٧ « لا يقبل للمضاهاة — الا ... »

أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته ،فانها تنظر بعد ذلك فى الدعوى الموضوعية أو تحدد لنظرها أقرب جلسة (٤٤ اثبات) • فليس للمحكمة أن تضم المسألة الفرعية المتعلقة بصحة المحرر الى الدعوى وتصدر فيهما حكما واحدا ، بل يجب عليها أن تجعل حكمها مقصورا على مسألة صحة المحرر • وذلك حتى لا تفوت على صاحب المصلحة من الخصوم سلوك طريق الادعاء بالتزوير اذا أراد (١) ، وحتى لا يحرم الخصم الذى تمسك بالورقة أو طلب ردها من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لاثبات ما أراد اثباته (٢) •

واذا تعلق الامر بدعوى تحقيق أصلية ، فان الحكم — أيا كان مضمونه — يحوز حجية الامر المقضى • وبالتالى تعتبر الورقة صحيحة أو غير صحيحة أيضا بالنسبة لاية خصومة مستقبلة يتمسك فيها بالورقة • أما اذا كانت دعوى التحقيق فرعية ، فيجب لكى يحوز الحكم هذه الحجية أن يكون قد اختصم فيها كل ذوى الصفة بالنسبة للورقة ، والا فان فاعلية الحكم تكون فقط فى الخصومة التى صدر فيها (٣) •

٢٩٨ — الادعاء بالتزوير : وتنظم اجراءاته المواد من ٤٩ الى ٥٩ اثبات • والمقصود هنا ادعاء التزوير المدنى لا الجنائى • وكل منهما يرفع باجراءات مستقلة ، مع ملاحظة (٤) أنه اذا رفعت الدعوى الجنائية ، فعلى المحكمة المدنية أن ترجىء الحكم فى الدعوى المدنية الى ما بعد الفصل فى الدعوى الجنائية • ومن ناحية أخرى ، فانه اذا قضت

---

(١) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٣٣ — ٥٨ . (ويأخذ الدفع بالجهالة نفس الحكم ، وذلك حتى تتاح للورثة فرصة الادعاء بالتزوير أن ارادوا) .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٤٠٧ — ٢٤١ (وينطبق هذا ايضا على الدفع بعدم العلم باعتباره صورة من صور الانكار .

(٣) كوستا : بند ٢٥ ص ٢٨٩ .

(٤) موريل : بند ٤٨٧ ص ٣٩١ .

المحكمة الجنائية بتزوير السند أو بصحته فان لهذا الحكم حجية امام المحكمة المدنية (١) .

وقد يكون التزوير المدعى به ماديا أو أدبيا (٢) . ويكون ماديا اذا أدعى أن المحرر المنسوب صدوره من موظف عام لم يصدر منه أو أنه قد حصل تغيير (٣) أو اضافة للمحرر الرسمى أو للمحرر العرفى المقر به أو الذى ثبتت صحته . ويكون التزوير أدبيا اذا أدعى أن الموظف العام قد وضع فى المحرر ما يخالف الحقيقة التى حدث أمامه .

والادعاء بالتزوير ، كما هو الحال بالنسبة لتحقيق الخطوط ، نادر عملا . وذلك لما تتسم به اجراءاته من تعقيد ، ولما يتعرض له مدعى التزوير من الحكم عليه بالغرامة اذا لم ينجح فى ادعائه . ويساعد على هذه الندرة أن المحكمة تستطيع من تلقاء نفسها — بغير التمسك بالتزوير من الخصم أو اتباع اجراءات الادعاء بالتزوير — أن تحكم برد أى محرر وبطلانه اذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ، ولا تلتزم الا ببيان الظروف والقرائن التى تستند اليها (٥٨ اثبات) . وتبقى سلطتها هذه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ما دام هناك تمسك بالمحرر(٤) سواء حصل ادعاء بالتزوير أم لم يحصل ، وسواء نجح هذا الادعاء أو فشل . وهى ليست ملزمة بتنبيه الخصوم الى أنها ستستعمل سلطتها

(١) على أن هذه الحجية تفترض سبق الحكم الجنائى للحكم المدنى . فاذا صدر حكم مدنى من محكمة الاستئناف برد وتزوير عقد ، ثم تبعه حكم جنائى ببراءة الخصم من تهمة تزويره فان الحكم الجنائى لا يمس حجية الحكم المدنى . (نقض مدنى ٨ يونية ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٢٣٦ — ١٨٧) .

(٢) كوستا : بند ٢٣٩ ص ٢٨٢ . موريل : بند ٤٨٩ ص ٣٨٨ .

(٣) ويعتبر تغييرا للمحرر كل تغيير له اثر مادى يظهر على المحرر بعد تحريره بما فى ذلك ازالة جزء من المحرر بالقطع او التمزق لاعدام بعض عباراته بنية الغش (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٧ مجموعة النقض ١٨ — ١٠١ — ١٥) .

(٤) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٧٢ — ١٠٤ . ولا معقب عليها من محكمة النقض ما دامت قدالتزمت حدود سلطتها التقديرية . (نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٩٤ — ٩٢) .

هذه (١) . كما أن لها أن ترفض الادعاء بالتزوير اذا ظهر لها من مجرد الاطلاع على السند أو من وقائع الدعوى ومستنداتها أنه صحيح وأن الادعاء بتزويره غير جدى لا يقصد به سوى المماطلة (٢) . وأخيرا فانها اذا رأت أن السند غير منتج فى الفصل فى الدعوى الاصلية التى يراد استعماله كدليل اثبات فيها ، تحكم بعدم قبـول الادعاء (٥٢ اثبات)(٣).

وقد يقدم الادعاء بالتزوير فى صورة طلب أصلى أو طلب عارض . وقد نظمت المادة ٥٩ دعوى التزوير الاصلية ﴿ ووفقا لها ، ترفع هـذه الدعوى من الشخص الذى يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور﴾ فاذا كان قد احتج عليه فعلا بهذا المحرر فى خصومة قائمة ، فلا يقبل منه الادعاء بالتزوير الا بطريق الطلب العارض ، اذ الادعاء بالتزوير عندئذ لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع فى الخصومة القائمة فيجب ابداؤه ضمن اجراءاتها أمام المحكمة التى تنظرها (٤) . ومن ناحية أخرى ، اذا رفعت دعـوى التزوير الاصلية قبل الاحتجاج بالمحرر فان هذا يكفى لقيام الادعاء بالتزوير وتحقق آثاره فى مواجهة الدعوى الموضوعية التى ترفع بعد ذلك ويحتج فيها بالمحرر دون حاجة الى اعادة ابدائه كطلب عارض (٥) . وتخضع الدعوى

---

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٤١٤ — ٢٦٨ .

(٢) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٤٠ — ١٠٠ .

(٣) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٤٠ — ٢٦ .

(٤) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٣٠٤ لسنة ٤٣ق . ٢١ يناير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٢١٢ — ٤٩ . و ١١ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعـة النقض ١٦ — ١٥٠٩ — ١٥٨ . وتعتبـر هـذه قاعدة متعلقة بالنظام العام ، للمحكمة اثارتها من تلقاء نفسها والحكم بعدم قبول الادعاء بالتزوير بطريق الدعوى الاصلية (نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٧٩ — مشار اليه) . فان لم تكن الخصومة التى احتج فيها بالمحرر قائمة ، فيمكن رفع دعوى تزوير أصلية . ولهذا يمكن رفع دعوى تزوير اصلية بشأن محرر سبق تقديمه فى اشكال فى التنفيذ (نقض مدنى ١٩٧٧/٣/١٦ — فى الطعن رقم ٧٠٥ لسنة ٤٣ ق) .

(٥) نقض ايجارات ١٥ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٤٩ ق .

الأصلية بالنسبة لاجراء رفعها ولتحديد المحكمة المختصة بها الى القواعد العامة .

واذا قدم الادعاء بالتزوير كطلب عارض ، فانه يجب أن يقدم بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى تنظر الدعوى التى حدث التمسك فيها بالمحرر ويمكن تقديمه فى أية حالة كانت عليها هذه الدعوى ، ولو فى الاستئناف(١) ما دام هناك تمسك بالمحرر المدعى تزويره (٢) . ولا يحتاج مدعى التزوير الى الترخيص له بذلك من المحكمة (٣) .

ويجب أن يتضمن التقرير جميع مواضع التزوير المدعى بها . فاذا ادعى بغير تقرير فى قلم الكتاب ، أو لم يتضمن التقرير مواضع التزوير كان العمل باطلا (٤٩/١) . فلا ينتج الادعاء أثره القانونى ، ويعتبر ما صدر من مدعى التزوير — اذا تعلق بورقة عرفية — مجرد انكار للخط أو للتوقيع (٤) . ولا يجوز لمدعى التزوير أن يضيف بعد ذلك سواء فى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه أمام المحكمة مواضع أخرى للتزوير غير التى حددها فى ذلك التقرير ، فان فعل فانه يعتبر ادعاء بغير الطريق الذى رسمه القانون وهو طريق التقرير فى قلم الكتاب ، وبالتالى باطلا . وتقصر المحكمة بحثها على المواضع التى ذكرت فى التقرير (٥) .

وبعد التقرير بالتزوير ، على مدعى التزوير اعلان خصمه بمذكرة خلال ثمانية أيام من التقرير تتضمن شواهد التزوير ، أى ما يستند اليه المدعى من وقائع وظروف تشهد على التزوير المدعى به . كما تتضمن تحديد اجراءات التحقيق التى يطلب من القاضى الامر بها لاثبات التزوير ولا يترتب على عدم القيام بهذا الاعلان ، أو عدم القيام به فى الميعاد ،

---

(١) كوستا : بند ٢٤٠ ص ٢٨٣ . رمزى سيف : بند ٤٩٠ ص ٦٣١ .
(٢) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٦٧ — مشار اليه .
(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٥ — فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق .
(٤) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٣٣ .
(٥) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٥٦ — ١٥٦ . و ٢٧ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٣٤ — ٤٠ — و ٩ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٥٨ — ١٠٦ .

أو عدم اشتماله على بيان شواهد التزوير أو اجـراءات التحقيق المطلوبة أى بطلان ، وانما يجوز للقاضى ــ حسب تقديره للظروف (١) ــ الحكم بسقوط حق الادعاء بالتزوير (٢) .

وللمدعى عليه بالتزوير كطلب عارض أن ينهى اجراءات الادعـاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها هذه الاجراءات (٣) ، وذلك بنزوله عن التمسك بالورقة المدعى تزويرها (١/٥٧) . ولا يتوقف هذا النزول على قبول مدعى التزوير (٤) . ويترتب على هذا النزول اعتبار الورقة غير موجودة بالنسبة للجزء المدعى تزويره منها فلا تصلح دليلا أمام القضاء لمصلحة مقدمها أو لمصلحة مدعى تزويرها ولا تنتج أى أثر قانونى (٥) . كما يترتب عليه اعتبار الادعاء بالتزوير غير مطروح على المحكمة (٦) ويجب على المحكمة اصدار قرار بانهاء اجراءات الادعاء بالتزوير . ورغم النزول عن الورقة ، فلمدعى التزوير أن يطلب من المحكمة الامر بضبط المحرر أو بحفظه اذا كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك كما لو تنـاول الادعاء بالتزوير جزءا فقط من المحرر ، وأراد التمسك هو بالجزء الذى لم يتناوله الادعاء (٥٧ / ٣) (٧) .

وسواء كانت دعوى التزوير أصلية أو فرعية ، فانها يجب أن ترفع ليس فقط ضد من بيده المحرر أو ضد من تمسك به ، بل أيضا ضد جميع

(١) نقض مدنى ٧ مايو ١٩٧٤ ــ مجموعـة النقض ٢٥ ــ ٨١٣ ــ ١٣٤ .

(٢) وعندئذ تحكم المحكمة وجوبا على مدعى التزوير بغرامة من ٢٥ الى مائة جنيه (مادة ٥٦) .

(٣) على ان هذا النزول يجب ان يتم قبل ان تنتهى هـذه الاجراءات بصدور الحكم الفاصل فى الادعاء بالتزوير ، اذ لا معنى لانهاء اجراءات قد انتهت بالفعل (نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ١٥٧٢ ــ ٢٩٥) .

(٤) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ٧٤٠ ــ ١٠٠ .

(٥) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ١٠٤٥ ــ ٢٥ .

(٦) نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ ــ فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق .

(٧) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ١٠٤٥ ــ ١٥٦ .

للاشخاص الذين يستفيدون منه • ذلك أنه اذا صدر حكم بتزوير المحرر، فانه يحتج به بالنسبة لجميع هؤلاء • فقبول الادعاء بالتزوير دون اختصام جميع أطراف المحرر يمكن سيء النية من افتعال خصومة صورية ترمى فقط الى تقرير تزوير المحرر اضرارا بهؤلاء (١) •

ويخضع تحقيق التزوير — أيا كان طريق الادعاء به — لنفس الاجراءات على النحو الآتى :

(أ) ايداع المحرر : يجب لامكان التحقق من تزوير المحرر المحافظة عليه كما هو • وتحقيقا لهذا الهدف ، توجب المادة ٥٠ اثبات على مدعى التزوير تسليم قلم الكتاب المحرر المدعى تزويره ان كان فى حوزته أو تسليم صورته ، ان لم يكن المحرر فى حوزته وكانت صورته قد أعلنت اليه • فان كان المحرر لدى المحكمة أو لدى كاتب المحكمة وجب ايداعه قلم الكتاب • فاذا كان المحرر بيد المدعى ضده بالتزوير ، جاز لرئيس الجلسة — بعد اطلاعه على التقرير بالتزوير — أن يكلف أحد المحضرين بتسلم المحرر أو بضبطه لدى المدعى عليه وايداعه قلم الكتاب • فاذا امتنع المدعى عليه عن تسليم المحرر ، وتعذر ضبطه أعتبر غير موجود (مادة ٥١ اثبات) • فلا ينتج المحرر أى أثر ، ولا تكون له قوة كدليل اثبات • على أنه ليس معنى هذا انهاء اجراءات الادعاء بالتزوير — كما هو الحال عند نزول صاحب المحرر عن التمسك به وفقا للمادة ٥٧ ، ذلك أن المادة ٥١ تقضى بأن اعتبار المحرر غير موجود « لا يمنع من ضبطه فيما بعد أن أمكن » • وهذا الضبط لايكون الا نتيجة لادعاء قائم بالتزوير •

(ب) الامر بتحقيق الادعاء بالتزوير • ويدخل الامر فى السلطة التقديرية الكاملة للمحكمة • على أنه يمتنع الامر بتحقيق الادعاء اذا

---

(١) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ٣٤٧ ص ٥٦٥ . وتنص على هذا الحكم المادة ٥٩ اثبات بالنسبة لدعوى التزوير الاصلية ، ونرى مد حكمها الي دعوى التزوير الفرعية . (قارن ما سبق بالنسبة لدعوى تحقيق الخطوط البند السابق) .

تبين لها أن الادعاء بالتزوير غير مقبول لان المحرر غير منتج فى الفصل فى الدعوى الاصلية ، أو وجدت أن فى امكانها الحكم بصحة المحرر أو الحكم برده وتزويره بمجرد النظر اليه أو بالنظر الى وقائع الدعوى وملابساتها وما فيها من قرائن ، أو اذا كان اجراء التحقيق المطلوب — وفقا لشواهد التزوير المعلنة — غير منتج فى اثبات التزوير ، أو غير جائز كما لو كان اجراؤه يخالف حجية حكم سابق صدر بشأن صحة الورقة أو التوقيع عليها (مادة ٥٢) . وفى جميع هذه الاحوال ، تحكم المحكمة برفض الامر باجراء التحقيق . ويكون حكمها بعدم قبول الادعاء بالتزوير ، أو بصحة المحرر أو تزويره ، أو برفض الادعاء بالتزوير ، رفضا ضمنيا لاجـراء التحقيق (١) . واذا أمرت المحكمة باجراء التحقيق ، فان حكمها بالتحقيق يجب أن يتضمن بيان الوقائع (أى شواهد التزوير) التى قبلت المحكمة تحقيقها ، والاجراءات التى رأت اثباتها بها سواء كانت بالمضـاهاة أو بشهادة الشهود ، وغيرها من البيانات التى تنص عليها المادة ٣٢ بالنسبة لتحقيق الخطوط (مادة ٥٣) . ومن المقرر أن قبول المحكمة لشاهد من شواهد التزوير لتحقيقه لا يعنى أنها رفضت دلائل التزوير الأخرى التى أوردها مدعى التزوير بتقريره أو بمذكرة الشواهد (٢) .

(جـ) يجرى التحقيق بالمضاهاة بواسطة المحكمة (٣) ، أو الخبير أو الخبراء . كما يجرى سماع الشهود بواسطة قاض منتدب للتحقيق ، وفقا لما سبق بيانه بالنسبة لتحقيق الخطوط (مادة ٥٤) .

وبعد الانتهاء من التحقيق ، تحكم المحكمة فى الادعاء بالتزوير . ويجب عليها أن تفصل فى الادعاء بالتزوير قبل الفصل فى موضوع الدعوى

---

(١) نقض مدنى ٢٢ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٠٠ — ٣٥ . ونقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٨٨ — ١٨٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٠٠ — ٣٥ .

(٣) فقاضى الموضوع هو الخبير الاعلى فيمكنه اجراء المضاهاة بنفسه (نقض مدنى ١١ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٥٦ — ١٤٤ . و ٧ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨١٣ — ٣١٤) .

الاصلية ، فليس لها أن تفصل فيهما معا بحكم واحد (١) ، وذلك حتى لا يحرم الخصم الذى تمسك بالورقة من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من أدلة قانونية أخرى لاثبات ما أراد اثباته بتلك الورقة (٢) ، وحتى لا يحرم الخصم الذى أخفق فى ادعائه تزوير الورقة من أن يقدم ما عسى أن يكون لديه من مطاعن على التصرف المثبت فيها ، كأن يتمسك ببطلان التصرف أو صوريته (٣) . ويجب التقيد بهذه القاعدة أيضا أمام محكمة الدرجة الثانية ، وسواء أكان حكمها بتأييد حكم أول درجة فى الادعاء بالتزوير أو بالغائه (٤) . وتكون للمحكمة — تطبيقا للقواعد العامة — مطلق السلطة فى تقدير الادلة التى تأخذ بها فى ثبوت التزوير أو نفيه(٥)، مادام الدليل الذى تأخذ به مقبولا قانونا ، وتقديرها له سائغا (٦) . فاذا اقتنعت المحكمة بتزوير المحرر حكمت بأنه مزور (٧) . ويمكن أن يقتصر حكمها على تقرير تزوير جزء من المحرر دون جزء آخر . أما اذا لم يثبت تزوير المحرر فانها ترفض الادعاء بالتزوير ، وعندئذ يجب عليها — اذا انصب رفضها على كل الادعاء (٨) — أن تحكم على مدعى التزوير

---

(١) عكس هذا : رمزى سيف : بند ٥٠٢ ص ٦٣٧ .

(٢) نقض مدنى ١٥ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١١٠٥ — ١٧٣ . و ٦ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٠٦ — ٥٠ .

(٣) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٤٣٩ — ٧٠ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٤/١٠/٢٥ فى الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٠ ق . و ١٩٧٨/١١/٢٣ — فى الطعن رقم ٢ لسنة ٤٨ ق .

(٥) نقض مدنى ١٣ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٢٦٤ — ٣٩ .

(٦) نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٠ ق .

(٧) ويكفي للقضاء بتزوير الورقة اثبات عدم صدورها ممن اسندت اليه دون حاجة لبيان طريقة التزوير (نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٧٢ — ١٠٤) .

(٨) أما اذا ثبت بعض ما ادعاه المدعى من تزوير ، فلا يحكم عليه بأية غرامة . ويلاحظ انه لا يعفيه من الغرامة ثبوت ما يكون قد ابداه على سبيل الاحتياط من دفاع موضوعى (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٢٤ — ١٣٧) .

بغرامة من ٢٥ الى مائة جنيه (مادة ٥٦) (١) .

وسواء صدر الحكم بصحة المحرر أو بتزويره . فان الحكم — ولو صدر فى دعوى فرعية — يحوز حجية الامر المقضى خارج الخصومة التى صدر فيها ، اذ هو — كما قدمنا — يصدر فى خصومة يمثل فيها جميع أطراف المحرر (٢) . على أن هذه الحجية تتعلق بالمحرر ، فالحكم لا حجية له بالنسبة لصحة أو بطلان التصرف الذى تتضمنه الورقة (٣) .

٢ — شهادة الشهود

٢٩٩ — تعريف وتمهيد : الشهادة هى قيام شخص من غير أطراف الخصومة — بعد حلف اليمين — بالاخبار فى مجلس القضاء بما يعرفه شخصيا حول حقيقة وقائع تصلح محلا للاثبات (٤) . وتنصب الشهادة على عرض للوقائع المعروفة للشاهد مسبقا ، فليس محلا للشهادة تكييف هذه الوقائع حسب علم أو فن معين أو استخلاص النتائج التى تترتب على مثل هذا التكييف . وفى هذا كله يختلف الشاهد عن الخبير (٥). والاصل أن يدلى الشاهد بما عرفه مباشرة سواء عن طريق السمع أو البصر ، ولكن الى جانب هذه الشهادة المباشرة توجد ما يعرف بالشهادة غير المباشرة أو السماعية وهى تنصب على وقائع نقلت اليه من آخر .

---

(١) ويحكم بالغرامة فى كل حالة يرفض فيها الادعاء بالتزوير ، ولو دون تحقيق . على انه لا يحكم بالغرامة اذا حكم بعدم قبول الادعاء بسبب انه غير منتج فى النزاع ، أو فى حالة النزول عن الادعاء بالتزوير (نقض مدنى ١٨ أبريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٧٨٠ — ١١٣) ، واذا تعدد المدعون بالتزوير ، فان الغرامة لا تتعدد اذا كان ادعاؤهم بالتزوير واحدا وحاصلا بتقرير واحد ومنصبا على ورقة او اوراق مرتبطة ببعضها (نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٥٢ — ١٣٥) . فالغرامة انما تتعدد بتعدد الادعاء . (نقض مدنى ٢٧ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٣٤ — ٤٠) .

(٢) أندريولى : جزء ثان بند ٢٢٥ ص ١٦٤ — وبالتفصيل ص ١٦٦ — ١٦٩ .

(٣) نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٤٣٩ — ٧٠ .

(٤) كوستا : بند ٢٦١ ص ٣٠٢ . ليبمان : ثان بند ٢٣١ ص ٦١ .

(٥) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ٣٣٣ ص ٤٤١ .

وعندئذ يكون محل الشهادة ليس حقيقة هذه الوقائع وانما سماعه حدوث هذه الوقائع من شخص آخر (١) . ومثل هذه الشهادة الأخيرة جائزة ، ولكنها أقل تأثيرا — بطبيعة الحال — فى تكوين اقتناع القاضى (٢) . ويلاحظ أن الشهادة تكون دليلا للاثبات ، ولو صدرت من شاهد واحد ، فالقانون الحديث لا يوجب تعدد الشهود .

٣٠٠ — الشاهد وواجب الشهادة : الشاهد هو شخص من الغير يدعى أمام القضاء لاعلان ما يعرفه من وقائع متصلة بالقضية (٣) . ويجب لكى يكون صالحا للشهادة :

(أ) أن يكون من الغير : فلا يصلح شاهدا الطرف فى الخصومة . حقيقة أن الطرف يذكر أيضا ما يعرفه من وقائع ، ولكنه لا يعتبر شاهدا . ولهذا فانه لا يحلف يمينا . كذلك لا يصلح شاهدا من يمثل الطرف فى الخصومة كالمحامى أو الوصى أو القيم عليه . وعلة عدم صلاحية الطرف فى الخصومة لان يكون شاهدا هو تجنب وضعه فى موقف يخشى معه تغليب مصلحته الخاصة على واجبه كشاهد . فاذا لم توجد هذه الخشية ، فلا مانع من سماع شهادته . ولهذا فانه لم ينازع الماثل فى الخصومة فى الطلبات المقدمة فيها ، فانه يكون صالحا للشهادة . وللمحكمة أن تتخذ من شهادته دليلا فى الدعوى (٤) . كذلك يصلح الطرف للشهادة بالنسبة لطلب ليس طرفا فيه ولو قدم فى نفس الخصومة التى يعتبر هو طرفا فيها (٥) .

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٣١ ص ١٦٢ . وهذه الشهادة السماعية تختلف عما يعرف بالشهادة بالتسامع ، ففى هذه الاخيرة لا يعين الشاهد من سمع عنه حدوث الواقعة وانما يشهد بما يقوله الناس — بغير تحديد — عنها والشهادة بالتسامع غير مقبولة الا فى الحالات التى ينص عليها القانون . أنظر : السنهورى : جزء ثان بند ١٦٣ ص ٣١٤ .

(٢) السنهورى : جزء ثان ١٦٢ ص ٣١٣ — ٣١٤ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٣ صفحة ١٦٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٧/٢/١٧ — فى الطعن رقم ٤٨٦ لسنة ٤٢ .

(٥) عكس هذا : كوستا — بند ٢٦٣ ص ٣٠٣ .

(ب) أن يكون أهلاً للشهادة : ولا يكون الشـخص أهلا للشهادة بسبب الحكم عليه بعقوبة جناية ، اذ يترتب عليه حرمانه من الشهادة أمام القضاء (١) ، وذلك على أساس أن مثل هذا الشخص يصبح غير محل للثقة فى صدق أقواله • أو لعدم سلامة ادراكه بحيث يكون غير قادر على التميز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لاى سبب آخر (٨٢ أثبات) كما لو كان مجنونا أو معتوها أو فى حالة سكر لا يعى ما يقول • أو لعدم اتمامه الخامسة عشرة من عمره عند أداء الشهادة • على أن للقاضى أن يستمع الى من لم يبلغ هذا العمر دون تحليفه يمينا ، وذلك على سبيل الاستدلال (٢/٦٤ اثبات) • والعبرة بسن الشاهد وقت الادلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التى يشهد بها (٢) •

(جـ) ألا يكون ممنوعا من الشهادة : وفقا لبعض التشريعات لاتقبل شهادة بعض الاشخاص الذين ــ بسبب صلتهم بأحد طرفى الخصومة ــ لا يمكن أن يكونوا محايدين كشهادة الاصول للفـروع أو عليهم أو شهادة الزوج فيما يختص بزوجه (٣) • غير أن القانون المصرى (٨٢ قانون الاثبات) يأخذ باتجاه مخالف مقتضاه أنه أيا كان السبب الذى قد يدعو الى عدم الثقة مقدما فى حياد الشاهد فانه لا يعتبر سببا لمنعه من الشهادة• وانما تكون شهادته ــ كأية شهادة ــ خاضعة لتقدير القاضى • فاذا قدر القاضى أن الشاهد ــ رغم صلته بأحد طرفى الخصـومة ــ قد شـهد بموضوعية ودون تحيز ، فانه يستطيع أن يبنى حكمه على هذه الشهادة • واتجاه القانون المصرى فى هذا الشأن اسلم ، فهو يمكن القاضى من

---

(١) فنسان بند ٧٢٣ ص ٩٣٤ •

(٢) نقض ايجارات ٢٢ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن ٦٢٢ لسنة ٤٧ ق . ومدنى ٩ مارس ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ٥٩٩ ــ ٩٤ . فنسان : الاشارة السابقة .

(٣) انظر المادة ١/٢٦٢ مرافعات فرنسى بعد تعديلها سنة ١٩٥٨ وهى تجعل القرابة أو المصاهرة المباشرة سببا للمنع من الشهادة . فنسان : بند ٧٧٢ ص ٧١٠ ــ ٧١١ (طبعة ١٤/سنة ١٩٦٩) وقد كان القانون الفرنسى قبل هذا التعديل يتوسع فى أسباب المنع . أما القانون الفرنسى الجديد فقد أخذ بالاتجاه الحديث الذى أخذ به القانون المصرى (مادة ٢٠٥ من القانون الفرنسى الجديد) وانظر فنسان : بند ٧٢٣ ص ٩٣٤ .

اكتشاف الحقيقة (١) ، خاصة أن القريب أو الزوج قد يكون هو الشاهد الوحيد الذى يمكنه توضيح الحقيقة .

ويقع على عاتق الشاهد واجب الشهادة باعتباره من الواجبات العامة، وهو واجب يقتضى منه :

(أ) الحضور أمام القضاء فى الوقت والمكان المحدد له . فاذا لم يحضر رغم تكليفه بالحضور تكليفا صحيحا ، حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق بغرامة مقدارها مائتا قرش بحكم غير قابل للطعن . ويكلف الشاهد مرة أخرى بالحضور ، فاذا أصر على عدم الحضور حكم عليه بضعف هذه الغرامة . وللمحكمة أو القاضى اصدار أمر باحضاره جبرا . ويمكن اصدار هذا الامر عند الاستعجال الشديد دون أن يسبقه اعادة تكليف الشاهد بالحضور (٧٨ اثبات) . على أنه يحق للمحكمة أو القاضى اعفاء الشاهد من الغرامة اذا حضر وأبدى عذرا مقبولا لايبرر غيابه (٧٩ اثبات) .

(ب) أن يقدم العناصر اللازمة لتمييزه . فيذكر اسمه ولقبه ومهنته وموطنه ، وأن يبين ما يكون بينه وبين أحد الخصوم من قرابة أو مصاهرة ودرجتها ، وما اذا كان يعمل عند أحدهم (٨٥ اثبات) ليدخل القاضى هذه الصلة فى اعتباره عند تقديره لشهادة الشاهد .

(جـ) أن يحلف يمينا « بأن يقول الحق وألا يقول الا الحق » ، والا كانت شهادته باطلة (٨٦ اثبات) . ويجب أن يشار الى حلف الشاهد لليمين فى محضر التحقيق . ويعفى من واجب حلف اليمين من يشهد على سبيل الاستدلال . واذا كانت ديانة الشاهد تستوجب أوضاعا معينة للحلف ، وجب احترامها اذا طلب الشاهد ذلك . فاذا حضر الشاهد ، وامتنع عن أداء اليمين حكم عليه بغرامة حتى عشرة جنيهات وذلك بحكم غير قابل للطعن (٨٠ اثبات) .

---

(١) سيكار : بند ٣٨٨ ص ٢٦٨ .

(د) أن يجيب على أسئلة القاضى ذاكرا الحقيقة ، اذ من غير المتصور الزام الشاهد بالحضور ، واعطائه حرية الصمت . وتؤدى عدم الاجابة الى معاقبة الشاهد بنفس الجزاء الذى يوقع عند عدم حلفه اليمين (٨٠ اثبات) . أما عدم ذكر الحقيقة ، فانه يعرض الشاهد لعقوبة جريمة الشهادة الزور.وللمحكمة محاكمته على هذه الجريمة بالجلسة والحكم عليه بعقوبتها . ويكون حكمها نافذا ولو حصل استئنافه . (١٠٧ مرافعات).

على أنه يلاحظ (١) ما يأتى :

١ — أن هناك أشخاصا يعفون من واجب الحضور أمام القاضى ، ومن واجب الشهادة . وهؤلاء هم الدبلوماسيون الاجانب .

٢ — هناك أشخاص يعفون من الحضور ، وان وجب عليهم أداء الشهادة . وهؤلاء هم كل من لديه عذر فى عدم الانتقال الى المحكمة ، كالمريض . فتقدر المحكمة أو القاضى المنتدب ما اذا كان من المناسب الانتقال الى حيث يكون لسماع شهادته . واذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك (٨١ اثبات) .

٣ — هناك أشخاص يجب عليهم الحضور ولكن يعفون من الشهادة وهؤلاء هم :

(أ) صاحب المهنة أو الصنعة الذى علم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو معلومات . اذ يجب عليه عدم افشاء سرها عن طريق الشهادة الا اذا كان ذكرها له يقصد بها ارتكاب جناية أو جنحة أو اذا طلب منه من ذكرها له أن يشهد بها (٦٦ اثبات) .

(ب) الموظف أو المكلف بخدمة عامة لايجوز له أن يشهد — ولو بعد تركه الخدمة — عما يكون قد وصل الى علمه أثناء قيامه بعمله من معلومات لم تنشر أو تذع بالطريق القانونى . وذلك الا اذا أذنت السلطة العامة له بالشهادة . ويمكن أن يصدر الاذن بناء على طلب المحكمة أوأحد الخصوم (مادة ٦٥ اثبات) .

---

(١) كوستا : بند ٢٦٣ ص ٣٠٤ .

(جـ) الزوج : فليس له أن يشهد — بغير رضاء زوجه — عما أبلغه له أثناء الزوجية ، ولا يجوز الافشاء ولو بعد زوال علاقة الزوجية (٦٧ اثبات) • على أن المنع لا يشمل الخطيبين (١) •

واذا كان على الشاهد واجب الشهادة ، فقد رأى المشرع مع ذلك ألا يحمله ضررا من جراء أدائها • ولهذا خوله حقا فى الحصول على نفقات انتقاله بين محل اقامته ومحل أداء الشهادة ، كما خوله الحق فى الحصول على مقابل تعطيله عن عمله لأداء الشهادة • وتصدر المحكمة أو القاضى المنتدب أمرا بهذه النفقات والمقابل على عريضة يقدمها الشاهد له • ويعطى الشاهد صورة من الأمر تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه (٩٢ اثبات) •

٣٠١ — اجراءات الشهادة :

١ — طلب سماع الشهود : ليس لأحد الخصوم أن يستشهد بشهود الا بناء على حكم من المحكمة • وهذا الحكم يصدر اما بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفس المحكمة • وقد أجاز القانون (٧٠ قانون اثبات) للمحكمة فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بشهادة الشهود أن تستمع الى شهود دون طلب من أى من الخصمين (٢) ، وذلك « متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة » • وهى عندئذ تستدعى من ترى لزوم سماع شهادته • أما اذا قدم الخصم طلبا لسماع شهود فان هذا الطلب — كأى طلب عارض — يمكن أن يقدم كتابة أو يبدى شفويا فى الجلسة • ويجب أن يتضمن الطلب الوقائع التى يراد اثباتها بشهادة الشهود بدقة (٦٨ اثبات) •

٢ — حكم المحكمة : يخضع الحكم بسماع الشهود أو بعبارة أخرى — باجراء التحقيق — لتقدير المحكمة • فلها أن ترفض اصداره اذا وجدت — حسب تقديرها — أن الواقعة المراد اثباتها بشهادة الشهود لا تصلح محلا للاثبات اطلاقا أو بهذا الدليل ، أو وجدت فى أوراق الدعوى ما

---

(١) رمزى سيف : بند ٥١١ ص ٦٥٠ .

(٢) نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ١٠٤٦ — ١٦٢ .

يكفى لتكوين اقتناعها (١) وذلك وفقا للقواعد العامة . ولها أن تصدر قرارها بالرفض من تلقاء نفسها . واذا صدر الحكم بالتحقيق ، ولو من تلقاء نفس المحكمة ، فانه يجب أن يتضمن تحديد الوقائع المأمور باثباتها، والا كان باطلا . وعلة هذا التحديد هو التأكد بعد ذلك من أن الشهادة قد حدثت بالنسبة لوقائع أجازت المحكمة اثباتها بشهادة الشهود ، ولكى يعرف القاضى المنتدب للتحقيق حدود سلطته كما تراها المحكمة . كما يجب أن يتضمن الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق وتحديد الميعاد الذى يجب أن يتم فيه (٧١ اثبات) ، وذلك حتى لا تستمر اجراءات التحقيق مدة طويلة مما يعطل الفصل فى القضية .

والحكم الذى يسمح لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يعنى ضمنا السماح للطرف الآخر بنفى نفس الواقعة بشهادة الشهود (٦٩ اثبات) . وتسمى هذه شهادة النفى . ويكون لهذا الطرف الحق فى أن يستشهد بشهود ليس فقط لنفى الواقعة التى يثبتها خصمه ، بل أيضا لاثبات وقائع أخرى تتعارض مع تلك الواقعة أو تفقدها قيمتها فى القضية (٢) . ويجب أن يسمع شهود النفى فى نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الاثبات الا اذا تعذر ذلك (١/٧٣ اثبات) .

٣ ــ دعوة الشهود للحضور : يقوم كل خصم بدعوة شهوده للحضور فى الجلسة المحددة لسماع الشهود . ويمكن أن تتم هذه الدعوة بغير

---

(١) نقض ايجارات ١٧ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن ١٠٩٧ لسنة ٤٩ ق . ونقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٥٠ ق . على أنها يجب أن تبين ما يسوغ رفضها الطلب (نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١ — ٤٠١ — ٦٠) .

(٢) كيوفندا : نظم : جزء ثان بند ٣٣٧ صفحة ٤٥٠ . فاذا لم يكتف المدعى عليه بانكار الوقائع التى يستند اليها المدعى وانما قدم هو وقائع جديدة، فان عليه بالنسبة لهذه اثباتها الوقائع ان اراد اثباتا بشهادةالشهود أن يقدم طلبا لسماع شهود بشأنها ، وان يصدر قرار من القاضى بذلك . (أنظر : موريل بند ٤٩٠ صفحة ٣٩٤) . ويسمى هذا بالتحقيق المقابل . وعلى خلاف شهادة النفى التى من حق المدعى عليه فان الشهادة المقابلة قد تأذن بها المحكمة وقد لا تأذن . ومن ناحية أخرى يجب فى التحقيق المقابل أن يتضمن الحكم به الوقائع التى يرد عليها التحقيق . وعندما يسمحبشهادة مقابلة ، يكون من حق المدعى تقديم شهادة نفى ضدها .

أى شكل خاص ، كما يمكن أن تتم بتكليف بالحضور باعلان على يد محضر • فاذا حلت الجلسة ، وتبين للمحكمة ـ أو القاضى المنتدب ـ أن الخصم لم يوجه الدعوة لشاهده للحضور ، وأن ميعاد التحقيق لم ينقض، فانها تلزم الخصم بدعوته لجلسة أخرى تحددها فى نطاق هذا الميعاد • فان لم يقم الخصم بما كلفته به المحكمة ، سقط حقه فى الاستشهاد بهذا الشاهد (٧٦ اثبات) • هذا فضلا عن امكان توقيع الجزاءات التى يملك القاضى توقيعها على الخصم الذى لا يمثل لأمر المحكمة ، كالغرامة أو وقف الخصومة (٩٩ مرافعات) • أما اذا تبين أن الشاهد هو الذى رفض الحضور ، فانه يجب على الخصم ـ اذا لم يكن قد فعل هذا من قبل ـ تكليف الشاهد بالحضور باعلان رسمى قبل التاريخ المحدد لسماع شهادته بأربع وعشرين ساعة على الأقل • ويضاف الى هذا الميعاد ميعاد مسافة • ويجوز فى حالة الاستعجال نقص ميعاد التكليف بالحضور ، واعلان الشاهد ببرقية من قلم الكتاب ، وذلك بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب (٧٧ اثبات) • وأهمية توجيه تكليف بالحضور للشاهد هو توقيع الغرامة المنصوص عليها فى المادة ٧٨ والسابق بيانها • ويلاحظ أنه اذا كانت المحكمة هى التى رأت الاستماع الى شاهد معين وفقا للمادة ٧٠ ، فان استدعاءه يتم بتكليف بالحضور بناء على طلب قلم الكتاب بمراعاة ميعاد الحضور المشار اليه فى المادة ٧٧ • كما يلاحظ أنه اذا حضر شاهد الجلسة وأجل التحقيق الى جلسة أخرى دون سماع شهادته أو تمام سماعها ، فان مجرد النطق بالتأجيل يكون بمثابة تكليف له بالحضور لتلك الجلسة ، الا اذا أعفاه القاضى صراحة من الحضور (٤/٧٣ اثبات) (١) • واذا كان من الواجب دعوة الشاهد لكى يؤدى شهادته ، فلا يوجد ما يمنع من أن يحضر الشاهد من تلقاء نفسه لأداء الشهادة (٢) •

٤ ـ سماع الشهادة : يسمع الشهود أمام المحكمة أو القاضى المنتدب

(١) نقض مدنى ١١ يونيو ١٩٦٨ ـ مجموعة ١٩ ـ ١١٣٧ ـ ١٧ .

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ٢٣٧ صفحة ١٧٢ . زانزوكى : جزء ثان بند ٨٠ صفحة ٨٠ .

للتحقيق (٧٢ اثبات) • ويخضع سماع الشهادة ـ فضلا عن حلف اليمين ـ للضمانات التالية :

(أ) يسمع كل شاهد منفردا ، حتى لا يتأثر باجابات باقى الشهود • على أنه يمكن للقاضى أن يجمع الشهود للمقابلة بينهم • ولكى يتمكن القاضى من اجراء هذه المقابلة ، يمكن الزام كل شاهد بالانتظار بعد أدائه الشهادة حتى ينتهى سماع الشهود الآخرين •

(ب) توجه الأسئلة الى الشاهد من القاضى ، وليس من الخصوم • ويبدأ القاضى بتوجيه أسئلة الخصم الذى استشهد بالشاهد ثم أسئلة الخصم الآخر • ويلتزم كل خصم بعدم مقاطعة الخصم الاخر أو الشاهد (٨٧ اثبات) • ويمكن للقاضى أن يأذن لخصم بتقديم أسئلة بعد انتهاء فترة استجوابه للشاهد (٨٨ اثبات) • وللقاضى ـ ولو قبل توجيه أسئلة الخصوم وسواء كان رئيس الجلسة أو أحد أعضائها ـ أن يوجه للشاهد من نفسه ما يراه مفيدا من أسئلة لكشف الحقيقة (٨٩ اثبات) •

(جـ) يجيب الشاهد شفاهة بصوت عال (١) • وليس له أن يستعين بأوراق مكتوبة خوفا من أن يكون قد أعد بها ما يخالف الحقيقة ، وذلك الا اذا أذن له القاضى بذلك بسبب طبيعة الدعوى (٩٠ اثبات) •

(د) الأصل أن يتم التحقيق خلال الميعاد المحدد له (٢) ، على أن للمحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق مد الميعاد بناء على طلب أحد الخصوم • ويجب لاجابة الخصم لطلبه أن يكون قد تقدم بهذا الطلب قبل انقضاء الميعاد ، وألا يكون قد سبق مد الميعاد ولو بناء على طلب خصم آخر • وتحكم المحكمة أو القاضى المنتدب فى الطلب فورا بقرار يثبت فى محضر الجلسة • وللمحكمة السلطة التقديرية الكاملة فى قبول

---

(١) الا أن يكون لا قدرة له على الكلام ، فانه يجيب بالكتابة على ورقة أمام القاضى على أن يقوم بالكتابة اجابة على السؤال ، ولا يعد الكتابة مقدما . كما أن لهذا الشخص أن يجيب بالاشارة (٨٣ اثبات) .

(٢) ويدخل اليوم المحدد لبدء التحقيق فى حساب الميعاد ، فلا يبدا الميعاد فى اليوم الثانى . (نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦٠ ـ ١٤٣٥ ـ ٢٧١) .

الطلب ، فلها رفضه اذا تعلق بسماع شاهد قدرت عدم الحاجة الى سماع شهادته بسبب تكوين اقتناعها . واذا قدم الطلب الى القاضى المنتدب ، ورفضه ، فان للطالب التظلم الى المحكمة بناء على طلب شفوى يثبت فى محضر التحقيق . ولايقبل قرار المحكمة ، سواء فى طلب مد الميعاد أو فى التظلم من رفض القاضى مده ، الطعن بأى طريق (٧٤ اثبات) . واذا انقضى ميعاد التحقيق ، سواء الأصلى أو بعد مده ، امتنع سماع شهود فى القضية . على أن هذا المنع يتعلق فقط بالشهود الذين يطلبهم الخصوم ، فللقاضى أن يستدعى من يرى لزوم سماع شهادته ولو بعد انقضاء الميعاد (٧٥ اثبات) .

٥ — محضر التحقيق : يقوم الكاتب بكتابة الشهادة فى محضر يسمى محضر التحقيق . ويتلوها بصوت عال أمام الشاهد ثم يسأل القاضى الشاهد عما اذا كانت هذه أقواله ، فان أجاب بالايجاب دعى للتوقيع على المحضر أو لوضع بصمته اذا كان يجهل التوقيع . واذا امتنع عن التوقيع أو وضع البصمة ، ذكر ذلك وسببه فى المحضر (٩٢ اثبات) . ويجب أن يتضمن محضر التحقيق بيانات معينة تنص عليها المادة ٩٣ من قانون الاثبات من شأنها توثيق كل الوقائع المتعلقة بالتحقيق (١) . وللخصوم الحق فى الاطلاع على المحضر لابداء دفاعهم على أساسه ، اذا كان التحقيق قد تم قبل المرافعة ولو أمام نفس المحكمة (٩٤ اثبات) .

واذا تم التحقيق أمام المحكمة ، فانها بعد انتهائه أو انقضاء الميعاد المحدد له تستأنف نظر الدعوى . أما اذا كان أمام القاضى المنتدب ، فان عليه عندئذ تحديد أقرب جلسة أمام المحكمة لكى تنظر الدعوى . وعلى قلم الكتاب اخبار الخصم — الذى كان غائبا عند اصدار القاضى المنتدب لقراره بتحديد الجلسة — بتاريخها (٩٥ اثبات) . وتكون

(١) ولا يجوز النعى على محضر التحقيق لعدم احتوائه على بيان لم يذكره النص مهما كانت اهميته ، مثل بيان اسم القاضى المنتدب للتحقيق أو اسم الكاتب ، اذ النص لم يتطلب بيان اسميهما مكتفيا بتوقيعهما على المحضر (نقض مدنى ٥ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٢ — ١٤) .

للمحكمة بالنسبة للشهادة نفس السلطة التى لها بصفة عامة بالنسبة لأدلة الاثبات(١) .

٣٠٢ – الدعوى الاصلية بسماع شاهد : ينظم المشرع هذه الدعوى كصورة خاصة من صور الدعاوى الوقتية وهى تخضع لشروط الدعاوى الوقتية السابق بيانها . ويتحدد شرط الاعتداء المحتمل بخشية المدعى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه (٢) كما لو تعلق الأمر بشاهد استدعى للتجنيد أثناء الحرب ، أو شاهد على وشك الهجرة ، وكان أجل الدين لم يحل بعد . ويجب أن تكون الواقعة التى يراد الاستشهاد بها مما يجوز اثباته بشهادة الشهود والا لم تكن هناك مصلحة فى الاجراء المطلوب ، كما يجب أن يوجد احتمال لوجود الحق .

وترفع الدعوى أمام قاضى الأمور المستعجلة أو القاضى الجزئى خارج المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية . ويختصم فيها من يحتمل اختصامهم فى الدعوى الموضوعية . واذا توافرت شروط الدعوى الوقتية حكم القاضى بسماع الشاهد ، وباشر التحقيق وفقا لقواعد سماع الشهود. ويقتصر الأمر على سماع الشاهد وتحرير محضر تحقيق ثم يأمر القاضى بانتهاء الخصومة مع تحميل المدعى بالمصاريف (٩٦ اثبات) . فلا يسمع شهود نفى ، ولا تثور مشكلة ميعاد التحقيق أو مده ، كما لا يحدد القاضى جلسة أمام المحكمة (٩٨ اثبات) . ومن ناحية أخرى ، فان قرار القاضى المستعجل بسماع الشاهد ، وسماعه ، لا يقيد محكمة الموضوع عند نظر الدعوى الموضوعية . فلها أن تقرر عدم جواز اثبات الواقعة بشهادة الشهود ، ولها تقدير الشهادة التى سمعت كما تقدر أى دليل . وليس للخصم تسلم صورة من محضر التحقيق الذى تم أمام القضاء المستعجل ،

---

(١) ما سبق بند ٢٩٢ .

(٢) فاذا كانت الدعوى الموضوعية قد رفعت بالفعل ، فيقدم طلب التحقيق الى المحكمة التى تنظرها . فاذا كان هناك استعجال بالنسبة لشهادة شاهد ، فان المحكمة تراعى هذا فى اجراءات التحقيق (انظر : العشماوى : جزء ثان ص ٥٦٣) .

أو تقديم هذا المحضر أمام محكمة الموضوع الا اذا قررت هذه الأخيرة جواز الاثبات بشهادة الشهود • وللخصم الآخر أن يطلب — عندئذ — سماع شهود نفى لمصلحته (٩٧ اثبات) •

٣ — استجواب الخصوم

٣٠٢ — قواعد الاستجواب واجراءاته فى القانون المصرى : يتم استجواب الخصم سواء من تلقاء نفس القاضى أو بناء على طلب أحد الخصوم • فاذا لم يكن المطلوب استجوابه حاضرا أمرت المحكمة بحضوره لاستجوابه فى جلسة تحددها (١٠٥ و ١٠٦ اثبات) • وبهذه السلطة خول القانون للقاضى سلطة كبيرة فى البحث عن الحقيقة • وللخصم أن يطالب باحضار خصمه لاستجوابه وذلك سواء كان الطالب خصما أصليا أو متدخلا (١) ، وسواء كان مدعيا أو مدعا عليه (٢) • ولا يشترط فى الامر بالاحضار تحديد الاسئلة التى ستوجه الى الخصم (٣) ، اذ الاستجواب لا يرمى فقط الى الاقرار ، وانما لتنوير المحكمة حول وقائع القضية (٤) • ولنفس العلة يجوز الأمر بالحضــور حتى حيث لا يجيز القانون الاقرار أى حيث لا يجوز التصرف فى الحق لسبب يتعلق بالنظام العام • على أنه لا يجوز الامر بالحضور حيث تكون الوقائع غير جائزة الاثبات بأى طريق (٥) • كما أن للمحكمة أن ترفض طلب الاستجواب وفقا للقواعد العامة بشأن سلطة القاضى فى الاثبات ، لو رأت أن فى الدعوى ما يكفى لتكوين اقتناعها دون حاجة للاستجواب • (١٠٨ اثبات) (٦) •

ويجوز أن يصدر الأمر بالحضور للاستجواب فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو فى الاستئناف (٧) •

(١) فنسان : بند ٧٣٢ ص ٩٣٩ .
(٢) سيكار : بند ٢٦٨ ص ٢٠٠ .
(٣) رمزى سيف : بند ٥١٥ ص ٦٥٣ .
(٤) فنسان : بند ٧٣٢ ص ٩٣٩ . موريل : بند ٥٠٧ مكرر ص ٤٠٧ . أو بعبارة محكمة النقض المصرية « الاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس الحقيقة الموصلة لاثبات الحق فى الدعوى » نقض مدنى ١٤ / ١٩٧٩/٢ فى الطعن رقم ١١١١ لسنة ٤٨ ق) .
(٥) موريل : بند ٥٠٧ مكرر ص ٤٠٧ — ٤٠٨ .
(٦) نقض مدنى ١٩٧٤/١/٢٢ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٠٠ — ٣٥ .
(٧) فنسان : الاشارة السابقة . موريل : الاشارة السابقة .

ولا يجوز أن يدعى للاستجواب الا من كان طرفا فى الخصومة . أما الغير فانه لا يسمع فى الخصومة الا كشاهد بعد أدائه اليمين (١) . فان دعى لاستجوابه ، فان المحكمة تكون قد خالفت الاجراءات التى نص عليها القانون بالنسبة للشهادة . واذا أريد استجواب الغير ، فيجب ادخاله قبل هذا وفقا لقواعد اختصام الغير (٢) . ووفقا للمادة ١٠٧ اثبات يشترط فى الخصم الذى يدعى للاستجواب أن يكون كامل الاهلية فان كان عديم الاهلية أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه بشرط أن تكون للنائب أهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه . ولا يجوز استجواب القاصر المأذون له بالادارة الا فيما أذن له . أما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية ، فان الاستجواب يوجه الى ممثلها القانونى ، ولكن — أيضا — بشرط أن تكون له سلطة التصرف فى الحق المتنازع فيه (٣) .

وفى الميعاد المحدد ، يجب حضور الخصم المدعو شخصيا . فليس له أن يحضر بممثل عنه (١٠٦ اثبات) (٤) . على أنه لا يوجد ما يمنع من حضور محام مع الخصم (٥) . فان كان للخصم عذر يمنعه من الحضور جاز للمحكمة ندب أحد قضاتها لاستجوابه حيث هو (١١٢ اثبات) . وتوجه الأسئلة من القاضى وحده ، على أن للخصم الآخر — أو محاميه — أن يطلب من القاضى توجيه أسئلة معينة . وللقاضى سلطة تقدير كاملة فى هذا الشأن . ويجب أن تتم الاجابة فى نفس الجلسة التى وجهت فيها الأسئلة الا اذا رأت المحكمة منح المستجوب ميعادا للاجابة (١٠٩ اثبات).

---

(١) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١١٨٤ — ١٨٥ .

(٢) سيكار : بند ٢٦٧ ص ١٩٩ . موريل : بند ٥٠٨ ص ٤٠٨ .

(٣) ويمكن استجواب ممثل الشخص الاعتبارى سواء بالنسبة للوقائع التى تعتبر شخصية بالنسبة له أو تلك التى يعرفها بصفته ممثلا . واذا حدث واقر ممثل الشخص الاعتبارى ، فان اقراره يلزم الشخص الاعتبارى مادام للمقر صفة فى تمثيله (انظر : موريل : الاشارة السابقة ، سيكار : بند ٢٦٧ ص ١٩٩ — ٢٠٠) .

(٤) نقض مدنى ٢ ديسمبر ١٩٦٥ — مشار اليه . ولهذا يسمى الاستجواب فى التشريع الفرنسى بالحضور الشخصى
comparution personnelle

(٥) ساتا : قانون الخصومة بند ٩٩ ص ١٥٤ .

كما يجب أن تحدث الاجابة فى مواجهة طالب الاستجواب اذا كان حاضرا (١١٠ اثبات) .

ويحرر محضر يذكر فيه حضور الخصوم ، وما وجه اليهم من أسئلة وما أجابوا به ، وبعد تلاوته يوقع عليه القاضى وكاتب الجلسة والمستجوب . فان امتنع الأخير عن الاجابة أو عن التوقيع ذكر فى المحضر امتناعه وسببه (١١١ اثبات) .

فاذا لم يحضر الخصم المطلوب استجوابه ولم يقدم عذرا عن عدم حضوره يقبله القاضى ، كذلك اذا رفض الخصم الاجابة على الأسئلة الموجهة اليه ، فان الأمر يترك لتقدير المحكمة . فيجوز لها أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود أو القرائن حيث ما كان يجوز لها هذا (١) . ومؤى هذا أن مجرد الغياب أو عدم الاجابة لا يعتبر اقرارا من المستجوب . وحسنا فعل المشرع المصرى (٢) ، ذلك أنه اذا كان يمكن القول بوجود اقرار فى نظام للاستجواب (٣) يتم على أساس أسئلة محددة تعلن مقدما للمطلوب استجوابه فيعتبر عدم حضوره أو عدم اجابته كأنه اقرار، فان هذا القول غير مقبول فى القانون المصرى حيث لا تبلغ الأسئلة مقدما الى الخصم ، فلا يمكن اعتبار غيابه اقرارا . ونفس الأمر اذا حضر الخصم واقتصر فى اجابته على ادعاء الجهل أو النسيان دون أن يصل موقفه الى حد رفض الاجابة ، اذ ادعاء الجهل أو النسيان يعتبر فى حكم الامتناع عن الاجابة . على أنه يلاحظ أن هذا جائز فقط بالنسبة للأمور التى تكون أساسا للأسئلة التى ادعى الخصم الجهل أو النسيان بالنسبة للاجابة عليها وذلك دون غيرها من وقائع القضية .

---

(١) وذلك دون ما حاجة لان يطلب الخصوم العدول عن الحكم بالاستجواب (نقض مدنى ١٤/٢/١٩٧٩ — فى الطعن رقم ١١١١ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) سيكار : بند ٢٧٨ ص ٢٠٦ .

(٣) موريل : بند ٥١٠ ص ٤١٠ .

فاذا حضر الخصم وأجاب على الأسئلة ، فان القاضى يرتب على اجابته الأثر القانونى وفقا لقواعد الاثبات . فاذا تضمنت الاجابة اقرارا صريحا أو ضمنيا أعتبرت كذلك ، وان لم تتضمن اقرارا فانها يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، ذلك أنها تدون فى محضر الجلسة (١) . وعندئذ يجيز القانون تكملة الاثبات بشهادة الشهود أو القرائن . وقد يستمد هذه القرائن من التعارض بين الاجابات أو من طريقة الخصم فى الاجابة وتردده فيها (٢) .

٤ — اليمين

٣٠٤ — اليمين الحاسمة : توجه اليمين الحاسمة من الخصم الى الخصم. فاليمين التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه الى أحد الخصوم ليست يمينا حاسمة . ويجب أن يقدم طلب اليمين من الخصم نفسه ، ولا يجوز أن يقدم الطلب من محام الا اذا كانت لديه وكالة خاصة به (٣) . على أنه اذا كان الخصم ممثلا بغيره فى الخصومة — بسبب نقص أهلية أو بسبب كونه شخصا معنويا — فان لممثله أن يوجه هذا اليمين (٤) . ومن ناحية أخرى ، لا توجه اليمين الحاسمة الا الى خصم ، فلا يجوز توجيهها الى شخص من الغير . فاذا كان الخصم ممثلا بغيره — بسبب نقص أهلية أو بسبب كونه شخصا معنويا (٥) فان اليمين توجه الى ممثله الذى له صفة فى الخصومة . والخصم الذى يوجه اليمين الحاسمة ، هو ذلك الذى عليه عبء الاثبات (٦) وفقا للقواعد العامة .

ويجب أن تتوافر فيمن يطلب حلف اليمين وفيمن يوجه اليه الطلب أهلية التصرف فى الحق الذى ترتبط به الواقعة محل اليمين . وعلة هذا الشرط خطورة النتائج التى تترتب بالنسبة لكلا الخصمين على طلب حلف

(١) سوليس : محاضرات ص ٥٢٩ — ٥٣٠ .
(٢) سيكار : بند ٢٨٠ ص ٢٠٦ .
(٣) السنهورى : جزء ثان بند ٢٧٢ ص ٥٢٣ وبند ٣٣٠ ص ٢٩٧ .
(٤) انظر : ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٥ ص ١٥١ — ١٥٢ .
(٥) سيكار : بند ٢٨٧ ص ٢١٠ .
(٦) السنهورى : جزء ثان بند ٢٧١ ص ٥٢١ .

اليمين (١) . وهذه هى نفس الاهلية التى يتطلبها القانون بالنسبة للاقرار فيما يتعلق بالمقر (٢) .

ولا يرد اليمين — شأنه شأن أدلة الاثبات الأخرى — الا على وقائع . فلا يجوز توجيه اليمين أو حلفه بالنسبة لمسائل قانونية (٣) . ويجب أن تتوافر فى الواقعة محل اليمين فضلا عن الشروط التى يجب توافرها بالنسبة للواقعة محل الاثبات بصفة عامة ، شروط خاصة بها (٤) هى :

(ا) أن تتعلق الواقعة برابطة قانونية للخصوم الحق فى التصرف فيها . فالاعتبارات التى تتعلق بالنظام العام ، والتى تقيد حق الخصوم فى التصرف ، توجب استبعاد اليمين باعتباره دليلا مقيدا لسلطة القاضى فى الاقتناع . ويلاحظ أن العبرة بما تتعلق به الواقعة محل اليمين وليس بالرابطة القانونية محل الخصومة . ولهذا فانه اذا أثير — فى خصومة تتعلق بحق مالى للخصوم التصرف فيه — خلاف حول أهلية أحد الخصوم فانه يمكن توجيه اليمين بالنسبة لمحل الخصومة ولكن لا يجوز توجيهها بالنسبة لاهلية الخصم (٥) .

(ب) ألا تكون الواقعة غير مشروعة . ويستوى أن تكون الواقعة غير مشروعة جنائيا بتكوينها فعلا جنائيا أو غير مشروعة لمخالفتها للنظام العام (١١٥/١ اثبات) أو للآداب العامة . وعلة عدم جواز تحليف اليمين هنا هو تجنب وضع الحالف فى مركز يدفعه الى الكذب . اذ هو لو صدق فى يمينه فانه يتعرض لتحمل العقوبة أو المسئولية الأدبية (٦) .

---

(١) ليبمان : الاشارة السابقة .

(٢) ورغم حرص التشريع على النص على هذه الاهلية بالنسبة للاقرار دون اليمين (أنظر المادة ١٠ قانون أثبات) ، فلا خلاف فى وجوب توافر نفس الاهلية بالنسبة لليمين . على أنه يلاحظ أن هذه الاهلية الخاصة يتطلبها القانون بالنسبة للاقرار فى المقر وحده دون المقر له ، أما بالنسبة لليمين ، فيجب توافرها ليس فقط فيمن يحلف اليمين وانما أيضا فيمن يطلبه ، ذلك أن مجرد هذا الطلب يعرضه للحكم ضده اذا حلف خصمه .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٣٠ ص ٤٣٣ .

(٤) أنظر : كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٣٠ ص ٤٣٧ — ٤٣٨ .

(٥) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٥ ص ١٥٢ .

(٦) كوستا : بند ٢٥٤ ص ٢٩٧ . وانظر تطبيقا فى : نقض مدنى ١٩٨٠/٣/١٢ فى الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٤٧ ق .

(جـ) أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من يوجه اليه اليمين (١/١١٥ اثبات) ، بأن تكون واقعة أو عملا قام به • فبهذا وحده يستطيع تأكيد حقيقة الواقعة التى يحلف عليها • فاذا لم تكن كذلك ، فانه لا يجوز الا توجيه اليمين على علمه أو عدم علمه بالواقعة وليس بشأن حقيقتها • وهذا اليمين الاخير يسمى يمين العلم (١) • ولهذا فانه اذا وجه اليمين الى ممثل الخصم ، فان هذا الممثل لا يحلف الا على ما يتصل بشخصه هو دون ما يتصل بشخص الخصم (٢) ، الا أن تكون يمين علم •

واذا توافرت هذه الشروط ، فانه يمكن توجيه اليمين الحاسمة ، أيا كانت قيمة هذه الواقعة (٣) ، وأيا كان الدليل الذى لدى موجه الطلب ما دام لم يؤد الى اثبات الواقعة •

ويجب على من يوجه اليمين الحاسمة أن يبين فى طلبه بدقة الوقائع التى يريد استحلاف خصمه عليها ، ويذكر بوضوح صيغة اليمين التى يريده حلفها (١٢٢ اثبات) • ويجب أن تنصب هذه الصيغة بدقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها ، والا كان للمحكمة تعديلها (١٢٣ اثبات) • ويمكن طلب توجيه اليمين فى أية حالة كانت عليها القضية ولو فى الاستئناف (١١٥ اثبات فقرة أخيرة) (٤) • كما يمكن للخصم طلب اليمين على سبيل الاحتياط • فالخصم الذى يقدم أدلة اثبات ثم يقول انه على سبيل الاحتياط اذا لم تكن هذه الأدلة كافية فانه يطلب اليمين الحاسمة يقبل منه هذا • فينظر القاضى فى الأدلة التى قدمها فان لم تكون اقتناعه فانه يقبل طلب الخصم توجيه اليمين الحاسمة (٥) •

ويخضع طلب توجيه اليمين — كأى دليل — لتقدير القاضى (٦) • فاليمين لا توجه الا باذنه ، ولا يأذن القاضى بتوجيه اليمين الا بعد التأكد

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٥ ص ١٥٢ . كوستا : الاشارة السابقة .
(٢) سيكار : بند ٢٨٧ ص ٢١٠ .
(٣) السنهورى : جزء ثان بند ٢٨٢ ص ٥٤٠ .
(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٧ ص ١٥٥ .
(٥) سيكار : بند ٢٩١ ص ٢١٣ ص ٢١٣ السنهورى : جزء ثان بند ٢٧٩ ص ٥٣٤ وما بعدها .
(٦) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٧ ص ١٥٦ .

من توافر الأهلية اللازمة ، ومن أن الواقعة يمكن أن تكون محلا ليمين حاسمة ، ومن أن الطالب ليس متعسفا فى توجيهها (١١٤ اثبات) (١) .

ولمن توجه اليه اليمين المنازعة فى جوازها أو فى تعلقها بالدعوى ليمنع توجيهها اليه . فاذا رفضت المحكمة منازعته ، وأمرت بتحليفه فانها تبين صيغة اليمين . ويعلن منطوق الحكم المتضمن هذه الصيغة الى الخصم المأمور بتحليفه اذا لم يكن حاضرا بشخصه (١٢٥ اثبات) ويكلف بالحضور للحلف فى اليوم الذى حددته المحكمة (١٢٦ اثبات) . فاذا لم ينازع فى توجيه اليمين اليه أو رفضت منازعته فان له أن يتخذ أحد مواقف ثلاثة :

(ا) أن ينكل عن حلف اليمين : وعندئذ يعتبر خاسرا لدعواه أو لدفعه (١١٨ اثبات) ويحكم عليه فيها . ويعتبر الخصم ناكلا اذا لم يحضر فى الجلسة المحددة لحلف اليمين الا أن يكون تغيبه لعذر تقبله المحكمة ، أو اذا حضر وسكت (١٢٣ اثبات) ، أو قال انه لا يذكر الواقعة المستحلف عليها (٢) ، أو رفض صراحة الحلف ، أو اذا حلف مع ادخال تغيير على صيغة اليمين الموجهة اليه الا أن يكون التغيير مجرد تغيير لفظى غيرمؤثر(٣) .

(ب) أن يرد اليمين على خصمه : وبهذا لا يكتفى من يوجه اليه اليمين بموقف سلبى هو الرفض ولكنه يطلب ممن وجه اليه اليمين أن يحلفه هو . والحق فى رد اليمين وسيلة لايجاد توازن بين مركزى الطرفين بالنسبة لهذا الدليل (٤) ، كما أنه يعتبر ضمانة لجديته اذ يؤدى الى أن من يوجه اليمين يجب أن يكون متأكدا من قوة مركزه لاحتمال رد اليمين عليه وقيامه هو بحلفه (٥) . ويعتبر رد اليمين بمثابة طلب حلف يمين موجه الى الخصم (٦)، ولهذا يجب أن يتوافر فيه ما تقدم من شروط بالنسبة للأهلية اللازمة والواقعة

---

(١) السنهورى : جزء ثان بند ٢٧٣ ص ٥٢٤ وما بعدها . سيكار : بند ٣٩٢ ص ٢١٣ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان ص ٧٦ .

(٣) كوستا : بند ٢٥٧ ص ٢٩٩ . ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٨ ص ١٥٨ .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٧ ص ١٥٦ .

(٥) كوستا : بند ٢٥٥ ص ٢٩٨ .

(٦) السنهورى : جزء ثان بند ٢٩٤ ص ٥٦٣ .

محل اليمين • وتطبيقا لهذا لا يجوز رد اليمين على الخصم الا اذا كانت الواقعة المستحلف عليها مشتركة بين الخصمين ، فان كانت خاصة بمن وجهت اليه اليمين دون خصمه فليس له ردها عليه (٢/١١٤ اثبات) •

ولمن رد عليه اليمين أن ينكل عنها فيعتبر خاسرا لدعواه (١١٨ اثبات) أو يحلفها فيكسبها ، وليس له أن يردها مرة أخرى على من ردها عليه والا ما انتهى أبدا تحقيق القضية (١) • على أنه لا يوجد ما يمنع من وجه اليه اليمين أن يوجه الى خصمه يمينا بشأن واقعة مختلفة • وعندئذ يعتبر ناكلا بالنسبة لليمين الموجهة اليه ، وموجها ابتداء يمينا جديدا لخصمه • وهذا اليمين الأخير اذ لا يعتبر ردا ليمين سابق ، فانه يمكن لمن وجه اليه أن يرده على من وجهه (٢) •

(ج) أن يحلف اليمين ، وفقا للصيغة التى تقرها المحكمة • ويجب أن تتضمن الصيغة كلمة « أحلف » • وللحالف تأدية اليمين وفقا للأوضاع المقررة بدياناته (١٢٨ اثبات) • ويتم حلف اليمين فى نفس الجلسة التى يوجه فيها أو يفصل فيها فى المنازعة بشأن جوازها أو تعلقها بالدعوى • على أن للمحكمة منح الخصم ميعادا للحلف اذا رأت ذلك مناسبا (١٢٤ اثبات) • ويتم حلف اليمين شفويا • على أنه اذا كان الخصم أخرسا فانه يؤدى اليمين كتابة ان كان يعرفها والا فبالاشارة (١٢٩) • ويجب أن يقوم الخصم بنفسه بحلف اليمين ، فليس له أن يوكل غيره فى ذلك اذالحلف يتضمن معنى الاحتكام للضمير • على أنه اذا كان الخصم شخصا اعتباريا فان اليمين يوجه الى ممثله ، وهو الذى يحلفه • على أن يتعلق الأمر بواقعة شخصية بالنسبة له أو تكون يمين علم • واذا كان هناك عذر يمنع من وجهت اليه اليمين من الحضور أمام المحكمة للحلف انتقلت المحكمة أو ندبت أحد قضاتها لتحليفه (١٢٦ اثبات) •

ويترتب على مجرد اعلان الخصم استعداده لحلف اليمين أثر هام هو عدم جواز الرجوع فى الطلب الموجه اليه بحلف اليمين ، سواء كان الطلب ابتداء أو كان ردا ليمين (١١٦ اثبات) •

(١) كوستا : بند ٢٥٦ ص ٢٩٨ .
(٢) السنهورى : جزء ثان بند ٢٩٥ ص ٥٦٥ .

فاذا تم حلف اليمين ، حرر محضر بحلفه يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب (١٣٠) . ويترتب على حلف اليمين الحاسمة أن الحكم فى الدعوى أو الدفع يجب أن يصدر لصالح الحالف (١) . فاليمين حاسمة . ونتيجة لهذا الحسم (٢) : (أ) لا يجوز لخصم الحالف اثبات كذب اليمين للتخلص من نتيجته (١١٧ اثبات) . (ب) ليس لهذا الخصم أن يطعن بالاستئناف فى الحكم الذى أذن بحلف اليمين للتوصل الى الغائه وبالتالى الغاء اليمين والتخلص من أثره . (جـ) اذا رفعت دعوى جنائية ضد الحالف كذبا ، فليس لخصمه أن يتدخل فى هذه الدعوى كمدع مدنى للمطالبة بالتعويض ، كما أنه ليس له رفع جنحة مباشرة . (د) اذا صدر حكم جنائى بكذب اليمين ، فان هذا الحكم لا يؤدى الى الغاء الحكم المدنى المبنى على اليمين ، كما لا يسمح للخصم بالطعن فى الحكم المدنى على هذا الأساس . وكل ما يكون له هو رفع دعوى تعويض مدنية لتعويضه عن الضرر الذى أصابه . على أنه لا يوجد ما يمنع من الطعن فى الحكم المدنى المبنى على اليمين الكاذب . (١١٧ اثبات) . (هـ) ليس لمن حلف اليمين أن يرجع فيه اذا تراءى له هذا للتخلص من عاقبة كذبه ، اذ كذب اليمين لا أثر له على قوته فى الاثبات (٣) .

٣٠٥ — **اليمين المتممة :** توجه اليمين المتممة من القاضى من تلقاء نفسه وليس من الخصم . على أنه لا يوجد ما يمنع الخصم من أن يقدم طلبا الى القاضى لكى يوجهها،ويخضع الطلب عندئذ لمطلق سلطة القاضى(٤) . ويمكن للقاضى أن يوجهها سواء أمام أول درجة أو لاول مرة أمام الاستئناف، كما يمكن توجيهها من قاضى الأمور المستعجلة (٥) . وتخويل القاضى سلطة

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٣٠ ص ٤٣٦ .

(٢) السنهورى : جزء ثان بند ٢٩١ ص ٥٥٥ . سيكار بند ٢٩٨ ص ٢١٧ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٦ ص ١٥٤ . ساتا بند ١٨٥ ص ٢٦٥ .

(٤) السنهورى : جزء ثان بند ٣٠٦ ص ٥٧٦ . سيكار : بند ٣٠٥ ص ٢٢٠ .

(٥) على أن القضاء الفرنسى لا يميل الى قبول توجيهها من القضاء المستعجل . انظر : فنسان : بند ٢٩٦ ص ٧٢٠ حاشية (١) .

توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه يعتبر خروجا على مبدأ القاء عبء الاثبات على الخصوم (١) •

ويجب لكى يستطيع القاضى توجيه اليمين المتممة أن تتعلق بواقعة قانونية يتوافر فيها ــ فضلا عن الشروط العامة الواجب توافرها فى الواقعة محل الاثبات ــ الشروط الخاصة التالية : (ا) ألا تكون الواقعة غير مشروعة • (ب) أن تكون متعلقة بشخص من يوجه اليه اليمين أو تكون يمين علم • ويرجع فى ايضاح هذين الشرطين الى ما سبق ذكره بالنسبة لليمين الحاسمة • (جـ) أن تكون قد قدمت بشأنها أدلة اثبات وألا تكون هذه الأدلة كافية لاقتناع القاضى (١١٩ / ٢ اثبات) • ويستقل قاضى الموضوع ــ كما قدمنا ــ بتقدير كفاية الدليل ، وبالتالى بتقدير متى تقوم الحاجة لتوجيه يمين متممة (٢) • فاذا كانت قد قدمت أدلة اثبات كافية فلا حاجة لتوجيه اليمين المتممة اذ عندئذ لا تعود الواقعة صالحة لأن تكون محلا للاثبات • ومن ناحية أخرى ، فانه اذا لم يكن هناك أى دليل فى القضية ، فلا يجوز توجيه هذا اليمين • وفى هذا يختلف اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة • ذلك أنه اذا كانت اليمين الحاسمة هى دليل من لا دليل لديه ، فان اليمين المتممة تفترض وجود أدلة جعلت القاضى يصدق الواقعة دون أن يصل فى ذلك الى ما يطمئنه تماما (٣) •

على أنه اذا تعلق الأمر بتحديد قيمة المدعى به ، أى بيمين التقويم ، فليس للقاضى توجيه اليمين للمدعى الا اذا استحال تحديد هذه القيمة بأية طريقة أخرى من طرق الاثبات • ويجب على القاضى عند توجيه اليمين عندئذ أن يحدد للمدعى حدا أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه (١٢١ اثبات) •

---

(١) كوستا : بند ٢٥٩ ص ٣٠٠ . على انه يلاحظ انه يجب ان يكون الاستحلاف بشأن واقعة تمسك بها أحد الخصمين ، فليس للقاضى عرض واقعة جديدة وتوجيه يمين متممة بشأنها (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٣١ ص ٤٤٠) .

(٢) نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ٤٦٣ ــ ٨٣ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٧ ص ١٥٦ ــ ١٥٧ .

ويوجه القاضى اليمين المتممة لأى من الخصوم ، وهو عادة يختار الخصم الذى يطمئن أكثر الى اخباره عن حقيقة الواقعة (١) . على أنه ليس له أن يوجهها الى الخصمين معا (٢) . ولأن توجيه اليمين المتممة انما يكون — على خلاف اليمين الحاسمة — حيث توجد أدلة وان تكن غير كاملة ، فانه لا يشترط أن يتوافر فيمن توجه اليه أهلية التصرف فى الحق .

ويكون الخصم الذى توجه اليه اليمين المتممة بالخيار اما أن ينكل عنها أو أن يحلفها ، ولكن ليس له أن يردها على خصمه (١٢٠ اثبات) . وعلة هذا أن اليمين لم توجه اليه من هذا الخصم وانما من القاضى(٣) ، ولا يتصور ردها على القاضى . فاذا نكل الخصم عن حلف اليمين ، كان للقاضى حرية استخلاص ما يراه من هذا النكول ، وله أن يعيد تقدير الأدلة المقدمة فى ضوء النكول أو أن يقبل أدلة جديدة (٤) . ولكن ما الحل اذا حلف الخصم اليمين ؟ يذهب جانب من الفقه يؤيده القضاء الى أن حلف اليمين المتممة لا يلزم القاضى ، فالقاضى يحتفظ بحريته بعد ذلك فى اعادة تقدير الأدلة الموجودة أو فى قبول أدلة جديدة . وله فى ضوء هذا أو ذلك أن يحكم بما يقتضيه الحلف أو بما لا يقتضيه (٥) . وهذا الرأى فى تقديرنا محل نظر ، وهو يخالف اتجاه الفقه الحديث . فمن ناحية ، لا يجوز للقاضى بعد حلف اليمين المتممة أن يقبل أدلة جديدة فى الدعوى ، ذلك أن اليمين المتممة بتعريفها انما يلجأ اليها القاضى لاستكمال ما عرض عليه من أدلة لاينقصها الا اليمين لتكوين اقتناعه (٦) . فاذا حلفت اليمين فان الواقعة تعتبر ثابتة ، ولا يجوز قبول أدلة بشأن واقعة قدر القاضى — مقدما — ثبوتها معلقا على شرط حلف اليمين . ومن ناحية أخرى ، فانه ليس للقاضى بعد حلف اليمين أن يعيد تقدير

---

(١) السنهورى : جزء ثان بند ٣٠٧ ص ٥٧٦ .
(٢) سيكار : بند ٣٠٣ ص ٢١٩ .
(٣) أندريولى : تعليق جزء ثان بند ٣١٤ ص ١٨٩ .
(٤) السنهورى : جزء ثان بند ٣١٤ ص ٥٨٥ — ٥٨٦ .
(٥) السنهورى : جزء ثان بند ٣١٤ ص ٥٨٣ وما بعدها . نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٤٦٣ — ٨٣ .
(٦) كوستا : بند ٢٥٩ ص ٣٠٠ . ليبمان : جزء ثان بند ٢٢٣ ص ١٥٠ .

الأدلة المقدمة . فهذا التقدير يتم منه مقدما قبل توجيه اليمين وذلك بقراره توجيه اليمين وتحديده من يجب عليه أن يحلفه من الخصوم (١) . حقيقة أن للقاضي وفقا للقواعد العامة أن يعدل عن قراره بتوجيه اليمين ، باعتباره قرارا يتعلق بالاثبات . ولكن هذا لا يعنى أن له بعد أن تكون الواقعة قد ثبتت بحلف اليمين ، أن يعود ويقبل أدلة أثبات أخرى . وهذا الرأى الذى نأخذ به هو الذى يؤيده — فى تقديرنا — نص المادة ١١٩ اثبات الذى يقضى بأن القاضى يوجه اليمين « .. ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع أو فى قيمة ما يحكم به » (٢) .

٥ — المعاينة المباشرة

٣٠٦ — اذا لم يكن للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى عن وقائع القضية ، فان هذا المبدأ انما ينطبق على علمه السابق بالوقائع المكون بغير رقابة الخصوم . فهو يستطيع — للوصل الى الحقيقة — القيام بنفسه بمعاينة الواقعة محل الاثبات . وبهذا يصل الى الحقيقة على أحسن وجه(٣) اذ هو يجمع بحواسه الذاتية ما يتعلق بهذه الواقعة (٤) . ويجب أن نميز جيدا بين المعاينة المباشرة للواقعة محل الاثبات وبين فحص الاشياء والمستندات التى سبق الاشارة اليه عند الكلام عن دعوى العرض (٥) . فعند عرض مستند أو شىء يكون المستند أو الشىء هو دليل الاثبات فى القضية ، فى حين أنه فى المعاينة الشىء الذى يعاين هو الواقعة محل الاثبات ويكون الدليل هو ما يقرره القاضى بشأنه من ملاحظات (٦) .

ورغم أن القانون المصرى لم يتصور المعاينة الا بالنسبة لمال ، فانها يمكن أن ترد على شخص . . فمن اليسير على القاضى أن يرى بنفسه مثلا

---

(١) ساتا : بند ١٨٦ ص ٢٦٧ .

(٢) كما يؤيده أيضا ما تنص عليه المادة ٢/١٢١ اثبات .

(٣) موريل : بند ٤٨٥ ص ٣٨١ . سيكار : بند ٤٩٤ ص ٣٢٥ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٤٣ ص ٥٤٥ .

(٥) قارن : كيوفندا نظم جزء ثان بند ٣٤٣ ص ٥٤٥ .

(٦) ليبمان : جزء ثان بند ٢٣٨ ص ١٧٣ . زانزوكى : جزء ثان بند ٩٤ ص ٨٩ .

التشويه الذى أصاب وجه المدعى لاثبات الضرر الذى أصابه نتيجة لما يدعيه من خطأ المدعى عليه[١] أما المال فانه يمكن أن يكون محلا للمعاينة سواء كان منقولا أو عقارا [٢] • ورغم نص المشرع المصرى فقط على الانتقال للمعاينة فانه اذا كان محل المعاينة شخصا أو منقولا فانه يمكن معاينته فى الجلسة • أما اذا كان عقارا أو منقولا لا يجوز أو لا يمكن نقله الى داخل المحكمة كحيوان مثلا أو سيارة ، أو كان شخصا تحول بعض الاعتبارات كمرضه دون انتقاله للمحكمة ، فان المعاينة تتم بانتقال المحكمة الى محله • على أن هذا الانتقال يؤدى عملا الى عزوف المحاكم عن هذه الوسيلة فى الاثبات ، مفضلة عليها ندب خبير للانتقال الى محل الوقائع المطلوب اثباتها [٣] •

ويصدر قرار المعاينة أو الانتقال للمعاينة من المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة [٤] • وللمحكمة سلطة تقدير كاملة فى قبول طلب المعاينة أو رفضه ، فلها أن ترفض المعاينة اذا وجدت أنها غير لازمة لاثبات الواقعة لوجود أدلة فى القضية كافية لاقناعها [٥] • ومن ناحية أخرى ، فلان المعاينة قد تصيب شخصا ـــ سواء كان هو محل المعاينة أو مالك المال محله ، وسواء كان طرفا فى الخصومة أو من الغير ـــ بضرر ، فان على المحكمة أن تقرر ما قد ينشأ عن المعاينة من ضرر ، وأن تمتنع عن اجرائها اذا كان هذا الضرر جسيما [٦] •

وتقوم المحكمة بالمعاينة بنفسها ، ولها أن تندب لها أحد أعضائها (١٣١ اثبات) • كما أن للمحكمة ـــ تطبيقا للقواعد العامة ـــ أن تندب للقيام بالمعاينة قاضى المحكمة الجزئية التى يقع المال المراد الانتقال لمعاينته فى نطاقها (٤ اثبات) [٧] • ويجب دائما حضور كاتب • وللمحكمة أو

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٣٩ ص ١٧٥ .
(٢) موريل : بند ٤٧٥ ص ٣٨٢ . سيكار : بند ٤٦١ ص ٣٠٩ ـــ ٣١٠ .
(٣) موريل : بند ٤٧٦ ص ٣٨٢ .
(٤) موريل : الاشارة السابقة ، ليبمان : جزء ثان بند ٢٣٩ ص ١٧٥ .
(٥) نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٦٧ ـــ مجموعة النقض ١٨ ـــ ١٢٦٦ ـــ ٢٠٦ . و ٦ يونيو ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥١ ق .
(٦) ليبمان : جزء ثان بند ٢٣٨ ص ١٧٤ .
(٧) فنسان : بند ٧٣٧ ص ٧٢٢ .

لمن تندبه من القضاة أن تعين أحد الخبراء للاستعانة به عند اجراء المعاينة ، فيجيب على ما قد يعن لها من أسئلة فنية (١٣٢ اثبات) • وتجرى المعاينة بحضور الخصوم (١) اذا شاءوا ، ولهذا يجب اعلانهم بقرار الانتقال للمعاينة وفقا للقواعد العامة (٥ اثبات) • وقد تحتاج المحكمة عند اجراء المعاينة الى سماع شهود • ولهذا يقرر القانون أن للمحكمة أو القاضى المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود ، وتكون دعوتهم للحضور بطلب ولو شفويا من كاتب المحكمة (١٣٢ اثبات) • على أن سماع الشهود هنا انما يكون للمساعدة على المعاينة ، مثلا لتحديد الارض محل المعاينة ، وليس لتقديم أدلة اثبات فى القضية • ولهذه الملاحظة أهمية كبيرة اذ نتيجة لها لا تخضع شهادتهم للقيود أو الشكل الذى تخضع له الشهادة كدليل للاثبات • فيمكن سماعهم ولو لم يكونوا أهلا للشهادة ، ولا يحلفون يمينا ، ولا يخضعون للاجراءات المقررة للشهادة (٢) • ويقوم القاضى أثناء المعاينة بملاحظة محلها من أجل الملاحظة المباشرة لوقائع القضية ، فليس له أن يحيلها الى وسيلة تفتيش للبحث عن أدلة اثبات أخرى (غير المعاينة) (٣) • وعلى الكاتب المرافق للقاضى الذى يجرى المعاينة أن يحرر محضرا بالوقائع التى يحققها القاضى أثناء اجراء المعاينة، ويوقعه القاضى أو رئيس المحكمة اذا جرت المعاينة بواسطتها (١٣١/٢ اثبات) •

وتكون التقريرات التى يتوصل اليها القاضى أثناء المعاينة خاضعة لمطلق تقدير المحكمة (٤) •

٣٠٧ — دعوى اثبات الحالة : هى صورة خاصة من صور الدعاوى الوقتية ينظمها المشرع فى المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من قانون الاثبات • وهى ترمى الى المعاينة كاجراء وقتى قبل رفع الدعوى الموضوعية التى تستخدم

---

(١) سيكار : بند ٤٩٨ ص ٣٢٦ .

(٢) أندريولى : تعليق جزء ثان بند ٢٦٢ ص ٢١٦ . كوستا : بند ٢٢١ ص ٢٦٩ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٣٨ ص ٧١٤ .

(٤) سيكار : بند ٥٠٣ ص ٣٢٩ .

فيها المعاينة كدليل اثبات . فوفقا للمادة ١٣٣ « يجوز لمن يخشى ضياع معالم يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الامور المستعجلة الانتقال للمعاينة » . ويجب لقبول هذه الدعوى توافر الشروط العامة للدعوى الوقتية ، وبصفة خاصة أن يكون هناك اعتداء محتمل . وهو يتمثل فى هذه الدعوى فى أن الواقعة المطلوب معاينتها متغيرة المعالم بحيث يخشى ضياع معالمها اذا انتظر المدعى المعاينة بواسطة محكمة الموضوع . ومثالها أن تكون هناك مياه رى قد تسربت من أرض الجار فأغرقت أرض المدعى ، فيطلب اثبات حالة أرضه تمهيدا لرفع دعوى تعويض ، ولأن الأمر يتعلق بدعوى وقتية مهمتها مساعدة الدعوى الموضوعية فقد تطلب المشرع لقبول الدعوى أن تكون الواقعة محل المعاينة مما يحتمل أن تصبح محلا للمنازعة الموضوعية أمام القضاء . ويمكن أن ترفع الدعوى باثبات الحالة ، سواء تعلق الامر بحالة منقول أو عقار أو بحالة شخص . على أنه يجب فى هذه الدعوى الأخيرة ألا يكون من شأن معاينة الشخص اهدار آدميته أو كرامته (١) .

وللقاضى أن يجرى المعاينة بنفسه وحده أو مستعينا بخبير ، وله أن يندب أحد الخبراء لاجراء المعاينة . وللقاضى ، أو الخبير المنتدب للمعاينة ، سماع شهود وفقا لما تقدم بالنسبة للمعاينة . ولهذا فانهم يسمعون بغير حلف يمين . واذا ندب خبير لاجراء المعاينة ، فانه يجب اتباع القواعد المنصوص عليها فى الباب الخاص بالخبرة ، مع ملاحظة أنه يجب على القاضى المستعجل تحديد جلسة أمامه لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير (١٣٤ اثبات) فلا تؤجل هذه الملاحظات لابدائها عند الاستعانة بالتقرير أمام محكمة الموضوع .

٦ — الخبرة

٣٠٨ — تعريف : اذا تطلب تأكيد واقعة أو استخلاص نتائج موضوعية من هذه الواقعة معرفة فنية عملية أو نظرية لا تتوافر لدى المثقف العادى ، فان القاضى — وهو الخبير فقط فى القانون — يسعى الى هذه المعرفة لدى

(١) رمزى سيف : بند ٩٦ ص ١٣٤ .

غيره ، أى يستعين بخبرة غيره (١) . وللقاضى أن يستعين بخبير بالنسبة لأى فرع من فروع المعرفة التى لا يفترض فيه العلم بها ، ولهذا فانه كما قد يستعين بخبير زراعى أو هندسى أو طبى لا مانع من أن يستعين بخبير فى قواعد قانونية لا يفترض فيه أن يعلمها كالقانون الأجنبى (٢) . وتختلف مهمة الخبير حسب ما يطلبه منه القاضى ، فقد تقتصر على مجرد ارشادالقاضى الى القواعد الفنية التى يحتاجها القاضى لتأكيد الواقعة محل الاثبات أو لاستخلاص نتائج موضوعية منها ، وقد تمتد ـ وهو الغالب ـ الى قيام الخبير بنفسه بهذا التأكيد . على أنه أيا كانت مهمة الخبير فانها يجب ألا تمتد الى التقدير القانونى . فهذا التقدير هو عمل القاضى دون غيره ، عليه وحده أن يقوم به (٣) .

والقاضى هو الذى يقدر مدى حاجته الى الاستعانة بخبير ، ولهذا فان الالتجاء الى الخبرة يرجع لتقديره ، ولا يخضع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض (٤) . على أنه أحيانا ينص القانون على وجوب الاستعانة بخبير . ومن ناحية أخرى ، فانه اذا تعلق الأمر بمسائل فنية لا تعتبر من قبيل المعلومات العامة ولا يعلمها الا أهل الخبرة ، فان على القاضى ان بينها فى حكمه أن يفصح عن مصدر علمه بها من أوراق القضية والا اعتبر قضاء بعلمه الشخصى غير جائز (٥) . وفى هذه الأحوال تكون الاستعانة بخبير وجوبية .

---

(١) كيوفندا : جزء ثان بند ٣٣٩ ص ٤٥١ . كوستا : بند ٢٦٩ ص ٣١ .

(٢) ليبمان : جزء ثان ـ بند ١٨٠ ص ٩٣ ـ ٩٤ .

(٣) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر ١٩٧٥ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٦٥٣ ـ ٣٠٩ . و ٢٢ أبريل ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ٦٥٦ ـ ١٦ .
فاذا حدث وخولت المحكمة للخبير هذه المهمة ، فان الحكم المبنى على رأى الخبير يكون باطلا . (سيكار : بند ٥١٩ ص ٥٣٧) . واذا جاء رأى الخبير فى المسألة القانونية غير مطابق للقانون واستند الحكم اليه فانه يعتبر هو الاخر مخالفا للقانون . (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مشار اليه) .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ١٨٠ ص ٩٤ . نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٣٩٨ ـ ٦٢ .

(٥) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٤ ـ مجموعة النقض ١٥ ـ ٣٩٥ ـ ٦٦ (وفى القضية قرر الحكم ان الورم الذى كان بقدمى المورث لا علاقة له بسرطان الكلية وآنه وليد زلال أو تعب فى القلب ، دون الاستعانة بخبير من =

ويزداد الاتجاه الى الخبراء انتشارا فى الحياة العلمية ، ليس فقط بسبب تشعب المعارف الانسانية وصعوبة المام القاضى بها ، انما أيضا رغبة من القضاة — فى كثير من الأحيان — فى التخفف من القيام بمهمة المعاينة والقائها على الخبراء . وهذا الاتجاه ضار بسير العدالة . ففضلا عما يؤدى اليه من زيادة نفقات الخصومة وبطئها ، فانه — بسبب ميل القضاة الى الأخذ برأى الخبراء — يحول هؤلاء فى الواقع الى قضاة (١) .

وتنظم المواد ١٣٥ وما بعدها من قانون الاثبات قواعد ندب الخبير ومباشرته لمهمته . على أنه يلاحظ أن هذه القواعد تنطبق على الخبير الذى تندبه المحكمة ، وليس على الخبير الاستشارى الذى قد يستعين الخصم بتقرير منه يدعم دفاعه (٢) .

٣٠٩ — ندب الخبير : تقرر المحكمة ندب الخبير سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أى من الخصوم . فاذا قدم طلب من أحد الخصوم ، فان للمحكمة رفضه اذ تدخل مسألة الاستعانة بخبير فى سلطتها التقديرية كما قدمنا . على أنه يجب أن يكون رفضها للطلب قائما على أسباب مبررة له (٣) . وتختار المحكمة الخبير — حسب الدور — من بين الخبراء المقبولين أمامها (٤) ، ويستثنى من هذا أن يتفق الخصوم على الاختيار فعندئذ يجب على المحكمة أن تقر اتفاقهم ، أو أن تقتضى ظروف القضية اختيار خبير من غير المقبولين أمام المحكمة كما لو تطلب الامر خبرة نادرة لا تتوافر فيهم . ويجب على المحكمة عندئذ أن تبين هذه الظروف

=

الاطباء . فقررت محكمة النقض ان هذا قضاء بالعلم الشخصى للقاضى غير جائز) .

(١) موريل : بند ٥٠١ ص ٤٠٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٢٦٤ — ٢٤١ .

(٣) نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٢٨٥ — ٤٣ .

(٤) ووفقا للمادة الاولى من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ الخبراء المقبولون امام المحاكم هم خبراء الجدول الحاليون وخبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعى والمصالح الاخرى التى يعهد اليها بأعمال الخبرة

فى الحكم بندب الخبير (١٣٦ اثبات) (١) . ويمكن أن يكون الخبير مصريا أو عند الضرورة أجنبيا ، كما يمكن أن يكون رجلا أو أمرأة (٢) ، متعلما أو أميا ، ما دامت لديه الخبرة المطلوبة (٣) . وفى جميع الاحوال يندب خبير واحد أو ثلاثة (٤) .

ويجب أن يتضمن منطوق الحكم بندب الخبير بيانات معينة ترمى الى ضمان قيام الخبير بمهمته بغير تأثير وهى (١٣٥ اثبات) : (أ) تحديد مأمورية الخبير بدقة ، وما يؤذن له فى القيام به من تدابير عاجلة كسماع شهود . (ب) تحديد مبلغ من المال يسمى « أمانة الخبير » وذلك لحساب مصروفات الخبير وأتعابه (٥) ، وتحديد الخصم الذى يقع عليه عبء ايداع هذه الأمانة والموعد الذى يجب الايداع فيه ، وتنظيم المبالغ التى للخبير سحبها من الأمانة . (جـ) الميعاد الذى يجب على الخبير ايداع تقريره فيه قلم كتاب المحكمة . (د) تحديد جلستين تؤجل اليها القضية أمام المحكمة . واحدة قريبة فى حالة عدم قيام الخصم بايداع الأمانة وبالتالى عدم قيام الخبير بمهمته ، وأخرى أبعد اذا تم ايداع الامانة . ويعلن هذا الحكم الى الخصم وفقا للقواعد العامة فى الاثبات (٦) .

ويجب لالتزام الخبير بالقيام بمهمته أن يتم ايداع الأمانة المحددة . فاذا لم يتم ايداعها ، سواء من الخصم المكلف من الحكم بايداعها أو من غيره من الخصوم ان كانت له مصلحة ، ولم يقدم الخصم عذرا مقبولا لعدم

---

(١) على انه لا بطلان لمخالفة هذه المادة لان مجرد ندب خبير فى غير الدور يشف عن ان القاضى لا يرتاح الى من تخطاه ويطمئن الى من ندبه . (نقض مدنى ١٩٧٦/١١/١٠ فى الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٤٢ ق .) .

(٢) موريل : بند ٥٠٣ ص ٤٠٣ .

(٣) موريل : بند ٢٧٠ ص ٣١١ .

(٤) ويمكن ان يندب فى القضية الواحدة عدة مجموعات من الخبراء (كل مجموعة واحد أو ثلاثة) لاداء مهمات مختلفة (انظر : العشماوى : جزء ثان بند ٩٩٠ ص ٥٧٩) .

(٥) وللمحكمة الاعفاء من دفع الامانة اذا كان الخصم معسرا (مادة ٥٧ من قانون الخبراء) .

(٦) ما سبق بند ٢٩٤ .

أدائه الأمانة (١) ، قررت المحكمة سقوط حقه فى التمسك بالحكم الذى قضى بتعيين الخبير ، وزوال واجب الخبير فى القيام بالمهمة المكلف بها (١٣٧) . أما أذا أودعت الأمانة ، فان على قلم كتاب المحكمة خلال اليومين التاليين أن يخطر الخبير (٢) بكتاب مسجل ليطلع على الأوراق المبينة بملف الدعوى ويتسلم صورة من الحكم (١٣٨ اثبات) . وذلك تمهيداً للبدء فى مباشرة مهمته .

ولأى من طرفى الخصومة طلب رد الخبير اذا قام به سبب من الأسباب التى تنص عليها المادة ١٤١ مرافعات ، وذلك حتى يضمن حياده فى قيامه بمهمته (٣) . وهذه الأسباب واردة فى القانون على سبيل الحصر ،وان كان أحد هذه الأسباب سببا عاما غير محدد يترك تقديره للمحكمة . وهو حالة ما اذا كانت بين الخبير وأحد الخصوم « عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز » . ويقدم طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضى الذى عينه (٤). ويجب تقديم الطلب خلال ثلاثة ايام التالية لصدور الحكم بتعيين الخبير اذا كان قد صدر فى حضور طالب الرد ، أو التالية لاعلان منطوق الحكم اليه ان صدر فى غيابه (١٤٣ اثبات) ، والا سقط الحق فى الطلب (٥)، الا اذا كان سبب الرد قد حدث بعد ذلك الميعاد ، أو أثبت طالب الرد أنه لم يعلم به الا بعد انقضاء

---

(١) ويكون الخصم معذورا . وبالتالى ليس للمحكمة أن تقضى بسقوط حقه فى الحكم ، اذا كان غائبا فى جلسة النطق بالحكم ولم يعلن به وفقا للمادة ٢/٥ من قانون الاثبات (نقض مدنى ١٧ أبريل ١٩٦٩ — مجموعةالنقض ٢٠ — ٦٢١ — ١٠١) .

(٢) فاذا كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعى أو احد الخبراء الموظفين فان الاخطار يحدث الى الجهة الادارية المعنية ، ويجب على هذه الجهة فور اخطارها بايداع الامانة تعيين شخص الخبير الذى عهد اليه بالمأمورية وابلاغ المحكمة بهذا التعيين (٢/١٣٦) .

(٣) ما لم يكن الخبير قد تم اختياره بواسطة الخصوم ، فلا يقبل طلب الرد عندئذ الا اذا كان سبب الرد قد حدث بعد قرار القاضى بالموافقة على الاتفاق وتعيينه (١٤٤ اثبات) .

(٤) اذ هو من المسائل التى تعترض الخصومة (نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٣ ق .) .

(٥) موريل : بند ٥٠٣ ص ٤٠٤ .

الميعاد (١٤٣ اثبات) • ويجب أن يشتمل الطلب على بيان أسباب الرد التى يستند اليها الطالب • ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فيه بأى طريق • واذا رفض الطلب ، ألزم مقدمة بغرامة من خمسة الى عشرين جنيها (١٤٥ اثبات) وذلك دون اخلال بحق الخصم فى التعويض لمسئولية طالب الرد عن تأخير القضية ، وبحق الخبير أيضا فى التعويض وفقا للقواعد العامة • على أنه اذا طالب الخبير بالتعويض ، فانه يصبح غير صالح للقيام بمهمته اذ يكون — عندئذ — خصما لطالب الرد • فيكون لهذا الأخير رده لهـذا السبب (١) •

وللخبير — ولو لم يطلب رده — أن يطلب اعفاءه من أداء مأموريته ، اذا وجد حرجا من القيام بها ، أو قامت لديه من الظروف الخاصـة ما تبرر ذلك • ويقـدم طلب الاعفاء لرئيس الدائرة أو القاضى الذى عين الخبير ويجب تقديمه خلال خمسة أيام من تسلم الخبير لصورة الحكم بتعيينه من قلم الكتاب ، الا اذا كانت الدعوى مستعجلة فيجوز للمحكمة أن تقرر فى حكمها بندب الخبير نقص هذا الميعاد (١٤٠ اثبات) •

فاذا لم يعف الخبير من مهمته ، سواء بناء على طلبه أو بناء على طلب برده ، فان عليه القيام بها ، والا جاز للمحكمة التى ندبته أن تحكم عليـه بالمصروفات التى تسبب فى انفاقها دون فائدة ، بغير اخلال بحق الخصـوم فى التعويض وفقا للقواعد العامة ، وفى تعرضه — اذا كان موظفا — للجزاءات التأديبية (١٤٠ اثبات) • ووفقا للمادة ١٣٦/٢ ، يتعرض الخبير الذى لايقوم بمهمته للحكم عليه بما تنص عليه المادة ١٤٠ من جزاءات بما فى ذلك الحكم بالمصروفات •

---

(١) العشماوى : جزء ثآن ص ٥٨٦ حاشية ٢ . ولا يجب ان يقدم الطلب الى المحكمة بكامل هيئتها . وفى هذا يختلف تعيين الخبير ابتداء عـن ابداله بناء على طلبه اعفائه من مهمته . ويقاس على هذه الحالة الأخيرة ابدال الخبير الذى لم يصادف تعيينه محلا كما لو كان قد توفى او آستبعد اسمه من الجدول أو ما الى ذلك ، ويمكن ان يكون قرار الأبدال صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا بالقيام بتحليف خبير غير الذى عينه الحكم اصلا . (نقض ٢٤ ابريل ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤٩ ق) •

٣١٠ — مباشرة الخبير لمهمته : لأن الخبير يقوم بمهمة تتعلق باثبات وقائع القضية ، فانه يجب عليه — مثله فى ذلك مثل الشاهد — أن يحلف يمينا . فاذا كان الخبير مقيدا فى الجدول فانه يحلف يمينا بمجرد قيده فى الجدول ، ولا حاجة به بعد ذلك لحلف يمين بمناسبة كل مهمة يباشرها . أما اذا لم يكن مقيدا فى الجدول ، فيجب عليه أن يحلف يمينا أمام قاضى الأمور الوقتية بأن يؤدى عمله بالصدق والأمانة ، والا كان العمل باطلا . ولا ضرورة لحضور الخصوم عند حلف اليمين . (١٣٩ اثبات) .

ومن حق الخصوم أن يحضروا أثناء قيام الخبير بمهمته ، وذلك اما وحدهم أو مع محاميهم ، كما أن لهم أن ينيبوا من يحضر عنهم . وتمكينا لهم من هذا الحضور ، يجب على الخبير أن يدعوهم بأن يرسل الى كل منهم كتابا مسجلا يخبره باليوم والساعة والمحل الذى سيباشر فيه العمل (١)،(٢) وذلك قبل موعد بدء العمل بسبعة أيام على الأقل . ويمكن فى حالة الاستعجال الاخبار ببرقية قبل الاجتماع بأربع وعشرين ساعة ، وفى حالة الاستعجال القصوى يمكن دعوتهم فورا . ويترتب على عدم دعوة الخصوم

---

(١) ويكفى أخطار الخصوم بحضور الاجتماع الاول مادام العمل مستمرا ، وعليهم هم بعد ذلك متابعة العمل فلا يلزم اخطارهم بكل اجتماع (نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٣٤ — ١٣٨) . وذلك مادامت الاجتماعات التالية لاستكمال اعماله قد استمرت دون انقطاع . فان كان الخبير لم ينه عمله ثم تراءى له ان يستأنفه مرة اخرى فانه يجب عليه فى هذه الحالة أن يدعو الخصوم للحضور فى اليوم الذى يحدده لان استئناف العمل بعد انقطاعه وعلم الخصوم بهذا الانقطاع يعد بمثابة بدء له من جديد تتحقق به العلة من الدعوة وهو تمكين الخصوم من الدفاع عن مصالحهم . (نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٥ فى الطعن رقم ٩٦٥ لسنة ٤٧ ق .) .

(٢) ويكفى ان يثبت بمحضر أعماله اخطاره للطرفين قبل مباشرة المأمورية ، ولا يترتب البطلان عن اغفال ارفاق ايصالات الاخطار . (نقض ايجارات ٢٨ يناير ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ٧٣٥ لسنة ٤٧ ق) .

للحضور بطلان عمل الخبير (١٤٦) (١) (٢) . على أنه يلاحظ أن حق الخصوم فى الحضور انما يقتصر على الأعمال الرئيسية التى يقوم بها الخبير ، ولا يمتد الى ما قد يقوم به من اعمال تكميلية لتكوين رأيه (٣) .

ويجب على الخبير أن يقوم بعمله بنفسه . فليس له ـ وقد حلف يمينا ووجب أن تتوفر فيه شروط معينة ـ أن يفوض غيره فى القيام بكل أو بعض هذا العمل . على أن مثل هذه القاعدة تبدو مستحيلة من الناحية العملية ، ذلك أن العمل الفنى قد يتطلب من الأعمال التحضيرية ما لا يقوم به الخبير العالم عادة ، ولهذا فانه يجب التفرقة فى هذا الصدد بين نوعين من الأعمال: الأعمال التحضيرية اللازمة لجمع مادة عمل الخبير، وهذه يمكن أن تتم بواسطة مساعديه ، والتقدير الفنى وهذا يجب أن يقوم به الخبير بنفسه(٤). ويختلف عمل الخبير من قضية الى أخرى حسب مهمته المحددة فيها (٥) . ولا يلتزم الخبير بأداء عمله على وجه محدد . فله أن يقوم بما ندب له على النحو الذى يراه محققا للغاية من ندبه (٦) . وعلى أية

---

(١) على ان هذا البطلان لا يحكم به الا وفقا للمادة ٢٠ مرافعات اى اذا لم تتحقق الغاية من الاجراء (نقض تجارى ٢٨ ديسمبر ١٩٨١ ـ فى الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٢ ق .) .

(٢) اما اذا دعى الخصوم للحضور على الوجه الصحيح ولم يحضروا ، فان للخبير مباشرة عمله ولا يحول دون ذلك عدم حضورهم (١٤٧) . ويلاحظ ان البطلان الذى تنص عليه المادة ١٤٦ انما ينصرف الى اغفال دعوة الخصوم للحضور . اما دعوتهم بطريق اخر غير الكتاب المسجل فلا يؤدى الى البطلان الا اذا لم يطمئن القاضى الى عدم بلوغ الدعوة اليهم . ولهذا حكم بانه تصح دعوة الخصوم للحضور امام الخبير باشارة عن طريق الجهة الادارية (نقض احوال شخصية ٣ نوفمبر ١٩٧٦ ـ فى الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٥ ق) وان اغفال الخبير ارفاق ايصال الخطاب الموصى عليه المرسل للخصم لا ينفى واقعة الاخطار فى ذاتها ، واذ لم يوجب القانون هذا الارفاق فلا يترتب على اغفاله بطلان تقرير الخبير . (نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٤٧ ق) .

(٣) موريل : بند ٥٠٤ ص ٤٠٥ . كوستا : بند ٢٧١ ص ٣١٢ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٤٠ ص ٤٥٣ .

(٥) ليبمان : جزء ثان بند ١٨٢ ص ٩٦ .

(٦) ويخضع عمله لتقدير المحكمة التى يحق لها الاكتفاء بما اجراه اذا كان ـ فى رأيها ـ كافيا لجلاء وجه الرأى فى الدعوى . (نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٤٥ ق) . ويكون الخبير حرا =

حال ، فان من سلطة الخبير أن يسمع أقوال الخصوم وملاحظاتهم ، وأن يسمع الشهود الذين يستشهد بهم الخصوم أو الذين يرى هو سماعهم اذا أذن له الحكم الذى عينه بذلك . ولكن هذه الشهادة انما تكون على سبيل الاستهداء ، ولا يسبقها حلف يمين (١٤٨ اثبات) ، ولا تكون لها قيمة الشهادة التى تؤدى أمام القضاء بعد حلف اليمين ، ولا تغنى عنها (١) .

وعندما يتم الخبير مهمته ، يحرر محضرا بأعماله وتقريرا بنتيجتها . أما المحضر فيشتمل على بيان بنشاطه الذى تم للقيام بمهمته ، مع الاشارة الى حضور الخصوم أو غيابهم وما أبدوه من ملاحظات (١٤٩ اثبات) . ويعتبر محضر أعمال الخبير من أوراق الدعوى ، وكل ما يثبت فيه من دفاع أبداه الخصوم ، دفاعا معروضا على المحكمة كما لو كان قد أبدى أمامها (٢) . أما التقرير فيشتمل على بيان برأيه الفنى مع الاشارة الى الأسباب التى استند اليها بايجاز ودقة (١٥٠ اثبات) . واذا تعدد الخبراء ، فانهم — رغم تعددهم — يكتبون تقريرا واحدا . فان تعددت آراؤهم وجب بيانها فى التقرير لاتاحة الفرصة للقاضى لمعرفة الحقيقة (٣) . ولكل من الخبراء أن يكتب تقريرا (١٥٠/٢ اثبات) (٤) . وعلى الخبير — فى الأجل المحدد

=

حتى بالنسبة لما تاذن له به المحكمة من مناقشة شهود أو الانتقال ، فلا تثريب على الخبير أن هو لم ير الاستعانة بهذا الاجراء . (نقض مدنى ٢٦ يونيو ١٩٨٠ — الطعن رقم ٨١٧ لسنة ٤٩ ق .) .

(١) نقض مدنى ٢٠ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١١٤ — ١٩٣ . و ٢٩ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٤٥٠ — ٢١٨ . وليس للمحكمة ان تستند الى اقوال هؤلاء الشهود الا بالنسبة لثبوت الوقائع التى يجوز اثباتها بالقرائن . (نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٦٣ — ١٥٠) .

(٢) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٤٢ — ١٩٨ .

(٣) فنسان : بند ٤/٧٤٤ ص ٩٧٠ . سيكار : بند ٥٤٥ ص ٣٥٢ .

(٤) وللمحكمة — بالنظر الى قلة قيمة القضية — ان تعين خبيرا لابداء رايه شفويا دون كتابة تقرير أو محضر بأعماله ، ويكفى الادلاء برايه فى الجلسة واثبات هذا الراى فى محضرها (١٥٥ اثبات) .

فى الحكم بتعيينه ــ أن يودع قلم كتاب المحكمة (١) تقريره ومحضر أعماله وجميع الأوراق التى سلمت اليه ، وعليه أن يخبر الخصوم بكتاب مسجل بهذا الايداع خلال أربع وعشرين ساعة من القيام به (١٥١ اثبات). فاذا لم يتمكن من هذا الايداع ، فعليه ــ على الأقل ــ أن يودع فى ذلك الميعاد مذكرة بما قام به من أعمال وأسباب عدم اتمام مأموريته . وتقدر المحكمة جدية هذه الأسباب ، فان وافقت عليها منحته أجلا آخر . والا حكمت عليه بغرامة لا تتجاوز خمسة وعشرين جنيها . وعندئذ اما أن تمنحه ــ رغم تغريمه ــ أجلا آخر أو تستبدل به خبيرا غيره ، وتلزمه برد ما يكون قد قبضه من أمانة (٢) . فاذا كان تأخير الخبير راجعا الى خطأ الخصم ، ألزمته المحكمة بغرامة من جنيه الى خمسة عشر جنيها ، ويجوز لها ــ فضلا عن هذا ــ الحكم بسقوط حقه فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير (١٥٢ اثبات) .

٣١١ ــ حجية راى الخبير : تطبيقا للقواعد العامة بشأن سلطة القاضى فى الاثبات ، من المقرر أن رأى الخبير لا يقيد المحكمة (١٥٦ اثبات) . ولهــذا :

(أ) للمحكمة أن تعتمد تقرير الخبير اذا اطمأنت اليه (٣) ، ولها أن تأخذ ببعض ما جاء بالتقرير وتطرح البعض الآخر حســب ما تراه (٤) .

---

(١) والمقصود المحكمة المنظورة امامها الدعوى التى انتدب الخبير بشانها ، فان كان مقر هذه المحكمة بعيدا عن موطن الخبير ، جاز له الايداع بقلم كتاب اقرب محكمة له ، وعلى هذه المحكمة ارسال الاوراق المودعة الى قلم كتاب المحكمة التى تنظر الدعوى . (١٥١/اثبات) .

(٢) وهذا الحكم بابدال الخبير والزامه برد ما قبضه لا يقبل الطعن بأى طريق . ولا يحول هذا الحكم او الحكم بالغرامة ومنح اجل اخر دون توقيع الجزاء التأديبى على الخبير او الحكم عليه بالتعويض وفقا للقواعد العامة (١٥٢/٢و٣) . ويلاحظ أن الابدال فى هذه الحالة يجب أن يكون بقرار من المحكمة ، ولا يكفى قرار من رئيس الدائرة او من القاضى الذى عين الخبير (نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤٩ ق) .

(٣) ولها هذا ولو كان تقرير الخبير مودعا فى دعوى غير مرددة بين الخصوم مادامت صورته قد قدمت لها (نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٤٧٧ ــ ٧٣) .

(٤) نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ١٧٦ ــ ٢٨ .

ولا تلتزم عند أخذها بالتقرير أو بجزء منه بأن ترد استقلالا على الطعون الموجة من الخصوم ضده (١) • وليس لأى خصم أن يجادل فى تقدير المحكمة لتقرير الخبير أمام محكمة النقض ، ولهذا ليس للخصم أن ينعى على الحكم الذى استند الى تقرير الخبير أن هذا الخبير لا خبرة له فى الفن الذى أخذ رأيه بشأنه (٢) ، أو أن يناقش كفاية الأبحاث التى قام بها الخبير أو سلامة الأسس التى بنى عليها تقريره (٣) • واذا اطمأنت المحكمة الى تقرير الخبير ، فهى ليست ملزمة باحالة الدعوى الى التحقيق (٤) ، أو بالاستعانة بخبير آخر أو باستدعاء الخبير لمناقشته أو باعادة المأمورية الى الخبير ولو طلب الخصم ذلك (٥) •

(ب) للمحكمة الا تأخذ بتقرير الخبير ، فتطرحه وتقضى بناء على الادله المقدمة فى الدعوى متى وجدت فيها ما يكفى لتكوين اقتناعها (٦) ، ويشترط عندئذ وفقا للمادة ٩ اثبات أن تبين أسباب عدم أخذها برأى الخبير ، على انها ليست ملزمة بايراد أسباب مستقلة للرد على تقرير الخبير فهى متى انتهت الى الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها تكون قد سببت حكمها بما يتضمن التعليل الضمنى المسقط لتقرير الخبير (٧) • فاذا تعددت التقارير ، فان للمحكمة أن توازن بينها وتأخذ بالبعض دون البعض الاخر (٨) ، ولها عندئذ ألا تأخذ بتقرير الخبير الذى ندبته وتأخذ

---

(١) اذ ان فى اخذها بما جاء فى تقرير الخبير ما يفيد انها لم تر فيما ورد فى صحيفة الدعوى ما ينال من صحته (نقض تجارى ١٩٨١/١٢/٢٨ فى الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٢ ق . و نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٨٩ — ٦٤ . و ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٧٤ — ١٨٢) .

(٢) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٥٦ — ١٤٤ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٢٥ — ٢٠ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٤/١٠/٢٥ فى الطعن رقم ١٩٠٣ لسنة ٥٠ ق .

(٥) نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣٢٢ — ٥٢ .

(٦) كوستا : بند ٢٧٢ ص ٣١٣ . ليبمان : جزء ثان بند ١٨٠ ص ٩٤ . نقض مدنى اول يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٩٢ — ١٨ .

(٧) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٨٨ — ١٨٥ .

(٨) نقض ايجارات ٢٦ نوفمبر ٨٤ فى الطعن رقم ١٤٤٦ لسنة ٤٩ ق .

برأى الخبير الاستشـارى اذا أطمأنت اليه (١)، كما أن لها على العكس أن تطرح تقرير الخبير الاستشارى وتأخذ برأى الخبير المنتدب ، دون أن تكون ملزمة بمناقشة تقرير الخبير الذى لم تأخذ به ما دامت قد سببت حكمها فى الدعوى تسبيبا كافيا (٢) .

(جـ) للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره ، وذلك اذا لم تكون رأيا قاطعا من التقرير تطمئن اليه . ويدخل هذا الأمر فى سـلطتها التقديرية الكاملة لا معقب عليها فيه (٣) . واذا استدعت المحكمة الخبير ، فانها تطلب من الخبيرابداء أسباب رأيه وتوجه اليه ما تراه — أو ما يطلب الخصم توجيهه اليه — من الاسئلة المفيدة فى الدعوى (١٥٣) .

(د) للمحكمة أن تعيد المأمورية الى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص فى عمله أو بحثه (١٥٤) . ولها أن تعيد المأمورية الى الخبير ، سواء بعد مناقشته أو بغير استدعائه لمناقشته . والامر هنـا أيضا جوازى للمحكمة لا تلتزم به ، ولو طلبه الخصم (٤) .

(هـ) للمحكمة أن تأمر بندب خبير آخر أو ثلاثة خبراء آخرين . ولهؤلاء الاستعانة بمعلومات الخبير السابق . على أن المحكمة لا تلتزم باجابة طلب الخصـم ندب خبير آخـر متى اطمأنت الى تقرير الخبـير السابق (٥) ، أو وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها فى الدعوى (٦) .

---

(١) نقض مدنى ٣١ ينـاير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٢٨٥ — ٤٣ .

(٢) نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٢٥٢ — ٣٩ .

(٣) نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٧٦٩ —١٢٢ .

(٤) نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣٢٢ — ٥٢ .

(٥) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض — ١٩ — ٥٩٩ — ٩٠ .

(٦) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٧٤ — ١٨٢ .

المطلب الرابع
نظر القضية فى غياب الخصوم

٣١٢ — معنى الغيـاب : الأصل أن تنظر القضـية بحضـور جميـع أطرافها ، ذلك أن من مصلحة الخصم الحضور بنفسه أو بواسطة من يمثله للدفاع عن وجهة نظره حتى يصدر حكم لصالحه (١) . ولكن قد يحدث أن يتغيب أحد الخصوم . والغائب عادة هو المدعى عليه ، اذ من غير الطبيعى أن يفقد المدعى اهتمامه بالدعوى وهو الذى رفعها . على انه يمكن تصور غياب المدعى ، بل يمكن تصور غياب كل من المدعى والمدعى عليه (٢) . وعند غياب أحد الخصوم تقوم مشكلة أمام المشرع . ذلك أنه من ناحية لا يجوز ادانة شخص دون سماع دفاعه ، وهو ما يستتبع مراعاة جانب الخصم الغائب ، خاصة أنه قد يكون غائبا لعدم علمه بقيام الخصومة أو عدم علمه بتاريخ الجلسة . ومن ناحية أخرى يجب ألا يؤدى غياب الخصم الى عدم قيام القضاء بوظيفته (٣) . وهو ما يدعو الى تغليب وجوب تحقيق هـذه الوظيفة رغم عدم مشاركة الغائب بنشاطه فى الخصومة وعدم سماع دفاعه . خاصة أن الغياب قد يكون بسوء نية بقصد عرقلة أداء هذه الوظيفة .

وقبل تحديد القواعد التى يقررها قانون معين بالنسبة للخصـومة الغيابية ، يجب تحديد المعنى المقصود فى هذا القانون بالغياب . فالغياب فى القانون قد لا يكون مرادفا للغياب الفعلى . وفى القانون المصرى يعتبر الخصم غائبا اذا لم يحضر هو أو ممثله الجلسة ، مع ملاحظة ما يلى :

(أ) اذا حضر الخصم أو من يمثله أية جلسة ، فان الخصـومة فى درجة التقاضى التى حضر فيها تعتبر حضورية بالنسبة له ، ولو تغيب هو وممثله باقى الجلسات (١/٨٣ مرافعات) (٤) .

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٤٠ ص ١٧٧ .
(٢) ساتا : بند ٢١١ ص ٢٩٤ . موريل ٥٨٠ ص ٤٥٣ .
(٣) فنسان : بند ٥٠٤ ص ٦٨٢ .
(٤) ليبمان : جزء ثان بند ١٤٠ ص ١٧٨ .

(ب) يقوم مقام الحضور تقديم الخصم مذكرة بدفاعه • ولهذا فان الخصومةاذ تبدأ بصحيفة من المدعى يبين فيها طلباته وأسانيدها ، فانها تعتبر حضورية دائما بالنسبة له ولو لم يحضر أية جلسة • ومن ناحية أخرى ، اذا أودع المدعى عليه مذكرة بدفاعه فان الجلسة تعتبر حضورية فى حقه دون حاجة لحضوره الفعلى أية جلسة (٨٣/١) •

(جـ) أن الخصومة تعتبر حضورية اذا كانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخص المدعى عليه ، اذ يفترض فى هذه الحالة علمه بالخصومة وبالجلسة المحددة لنظرها • فان لم يحضر فلا يلومن الا نفسه •

(د) اذا اعتبر الخصم غائبا فانه يكون كذلك لمجرد عدم حضوره ، بصرف النظر عن العنصر الشخصى فى غيابه ، أى بصرف النظر عما اذا كان قد غاب باختياره أو قام مانع حال دون حضوره (١) •

٣١٣ ـ أثر الغياب : نظم المشرع المصرى أثر غياب الخصوم فى المواد ٨٢ وما بعدها ، وذلك على النحو الاتى :

اولا : اذا لم يحضر كل من المدعى والمدعى عليه : فى أية جلسة من الجلسات ، فانه يجب التفرقة بين فرضين :

(أ) أن تكون الدعوى صالحة للحكم فيها • بمعنى أن يكون كل من الخصمين قد أبدى دفاعه فيها ، ولو كان ذلك فى مذكرة سابقة أو جلسة سابقة • ويعتبر المدعى مبديا دفاعه ولو لم يقدم مذكرة به اذ هو الذى رفع الدعوى وأبدى فى صحيفتها أسانيد دعواه (٢) كما يكفى بالنسبة للمدعى عليه أن يكون قد تمكن من ابداء دفاعه بأن يكون قد أعلن لشخصه أو أعيد اعلانه • ومن الواضح فى هذا الفرض ان كلا من المدعى والمدعى عليه يعتبر ـ وفقا للقانون ـ حاضرا ، فلسنا بصدد غياب بالمعنى القانونى الصحيح • ولهذا تقضى المادة ٨٢/١ بأن المحكمة تحكم ـ عندئذ ـ فى الدعوى • فهى لا تلقى بالا للغياب الفعلى للخصوم • وهى

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٥١ ص ٤١١ •

(٢) أبو الوفا : المرافعات ـ بند ٤٤٤ ص ٦٩٤ . وهو ما يفهم من نص المادة ٨٢/٢ •

تستطيع أن تحكم فى الدعوى فى نفس الجلسة أو تؤجل النطق الى جلسة تالية (١) .

(ب) ألا تكون الدعوى صالحة للحكم فيها ، بالمعنى السابق بيانه . وعندئذ رغم قيام الخصومة ، فانه ينقصها ما يلزم لامكان الفصل فى الدعوى دون الاخلال بحق الدفاع . ولهذا فان المحكمة اذا تحققت فى هذه الحالة من عدم حضور كل من المدعى والمدعى عليه الجلسة ، تقرر شطب الدعوى من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة . وللمحكمة بدلا من الشطب تأجيل نظر القضية الى جلسة أخرى . ولكن ليس لها — ما دامت الدعوى غير صالحة للحكم فيها بالمعنى المبين فى (أ) — أن تحكم فيها والا كان حكمها باطلا لاخلاله بحق الدفاع . ولا يعنى الشطب زوال رفع الدعوى ، اذ تبقى الدعوى مرفوعة منتجة لآثارها (٢) سواء الاجرائية أو الموضوعية . كما لا يؤثر الشطب فى الاجراءات التالية على رفع الدعوى الى حين شطبها (٣) . فشطب الدعوى يعنى فقط ابعادها من جدول القضايا المتداولة أمام المحكمة . فهو يشبه وقف سير الخصومة . وتبقى الدعوى مشطوبة حتى يظهر أحد الخصوم رغبته فى نظرها ، وذلك بأن يطلب اعادتها الى جدول القضايا المتداولة ، ويحدد جلسة أمام المحكمة لنظرها يعلن بها الخصم الآخر . ولا يكفى لذلك مجرد ايداع صحيفة تجديد الدعوى من الشطب قلم الكتاب . ويجب أن يتم اعلان هذه الصحيفة خلال الستين يوما التالية لقرار الشطب . ولا يغنى عن هذا الاعلان مجرد حضور الخصم من تلقاء نفسه بعد الشطب (٤) . فاذا تم هذا الاعلان صحيحا

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات .

(٢) بنى سويف الابتدائية (دائرة استئنافية) ٩ يناير ١٩٣٧ — المجموعة الرسمية ٣٧ — ٦٥٢ — ٢١٤ .

(٣) مصر الابتدائية الاهلية ٩ ديسمبر ١٩٢٦ — المحاماة ٧ — ٥٠٣ — ٣٥١ .

(٤) نقض ايجارات ٢٩ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٩٣٢ لسنة ٤٩ ق . ذلك ان مجرد فوات الميعاد دون اتخاذ الاجراءات يعنى عدم تحقق الـ[illegible] منه (نقض ١٩/١١/١٩٨١ فى الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٤٨ ق .) .

خلال الميعاد ، غادت الخصومة الى استئناف سيرها (١) ، ولو كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة بعد مضى هذا الميعاد • أما اذا ظلت الدعوى مشطوبة دون أن يعلن خصم غيره من الخصوم خلال هذا الميعاد بطلبه استئناف سيرها ، فانها تعتبر بقوة القانون كأن لم تكن (٢)(٣) • وهو ما يعنى زوال الخصومة بجميع ما تم فيها من أعمال (٤) ، وما ترتب على هذه الأعمال — ومنها المطالبة القضائية — من آثار • اذ أن عدم قيام أحد الخصوم باستئناف سيرها قد يكون مرده تصالحه مع خصمه ، فلا معنى لبقاء الخصومة (٥) • على أن هذا الزوال لا يؤثر فى الحق فى الدعوى أو فى الحق الموضوعى ، فيمكن بدء خصومة جديدة •

وتسرى القواعد المتقدمة — فى الفرضين — سواء تحقق عدم حضور الطرفين فى الجلسة الاولى أو فى جلسة تالية ، كما تسرى اذا تعدد المدعون أو تعدد المدعى عليهم ، وغابوا جميعا •

---

(١) رمزى سيف : بند ٤٣٤ ص ٥٤٥ . ويجب أن يتم الاعلان قبل انقضاء الميعاد اذ وفقا للمادة الخامسة من قانون المرافعات اذا نص القانون على ميعاد حتمى لاتخاذ اجراء يحصل بالاعلان فلا يعتبر الميعاد مرعيا الااذا تم الاعلان خلاله (نقض ايجارات ٢٩ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن ٩٣٢ لسنة ٤٩).

ويلاحظ أن الجزاء يوقع ولو كانت المحكمة قد كلفت قلم الكتاب باجراء اعلان تجديد السير فى الدعوى ، ولم يتم فى الميعاد (نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٨١ — فى الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٤٨ ق . نقض عمال ١٩٨٢/١/٣١ فى الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٤٥ ق .).

(٢) واعتبار الدعوى كأن لم تكن مقرر لمصلحة المدعى عليه وحده . فاذا عجلت الدعوى — على خلاف نص القانون — بعد الستين يوما ، فليس للمدعى التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، كما انه ليس للمحكمة تقرير اعتبارها كذلك من تلقاء نفسها . (رمزى سيف : بند ٤٣٥ ص ٥٤٥) .

(٣) وذلك ما لم تتحقق قوة قاهرة اذ يقف ميعاد الستين يوما باعتباره من مواعيد السقوط (ما سبق بند ٢٥٨) . (نقض مدنى فى ١٩٨٠/٢/٦ فى الطعن رقم ٢٥٣ — ٤٧ ق) .

(٤) على انه يستثنى من هذا ما تنص عليه المادة ١٣٧ مرافعات من اعمال وادلة اثبات تبقى رغم الخصومة . فهى تبقى أيضا اذا اعتبرت الخصومة كأن لم تكن (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٤٦ — ٣٠٨) .

(٥) ليبمان : جزء ثان بند ٢٤١ ص ١٧٩ .

ثانيا : اذا لم يحضر المدعى وحضر المدعى عليه : فى جلسة من الجلسات ، فانه وفقا للمادة ٢/٨٢ « تحكم المحكمة فى الدعوى » أى تنظر الدعوى بصرف النظر عن عدم حضور المدعى . وعلة هذا أن المدعى يعتبر — كما قدمنا — حاضرا قانونا ولو تغيب . ولا يشترط لكى تحكم المحكمة فى الدعوى أن يتمسك المدعى عليه بذلك (١) ، فهى تحكم فى الدعوى ولو لاذ المدعى عليه بالصمت (٢) ما دام قد حضر . وليس فى هذا اخلالا بحقه فى الدفاع اذ كان فى امكانه الدفاع ولم يفعل . كما أنها تحكم فى الدعوى مادام المدعى عليه قد حضر ، ولو كان لم يسبق له تقديم مذكرة بدفاعه . وليس معنى الحكم فى الدعوى ، وجوب الفصل فيها فى نفس الجلسة ، فتستطيع المحكمة تأجيل نظرها . كما أنه ليس معناه أن يصدر الحكم برفض الدعوى ، فقد تقضى المحكمة لصالح المدعى رغم غيابه . ويحدث هذا اذا لم يستطع المدعى عليه انكار الواقعة المنشئة لحق المدعى أو لم يستطع اثبات ما يتمسك به من وقائع مانعة أو منهية لهذا الحق (٣) .

وليس للمحكمة عند حضور المدعى عليه وغياب المدعى أن تحكم بشطب الدعوى ولو طلب المدعى عليه ذلك (قارن الفقرة الاولى من المادة ٨٢ بالفقرة الثانية منها وبالمادة ٩١ من القانون الملغى) . واذا حضر المدعى عليه وتبين له عدم حضور المدعى وأراد شطب الدعوى ، فعليه أن ينسحب فيتحقق الفرض السابق وهو فرض غياب الطرفين ويخضع لحكمه .

وتسرى هذه القواعد سواء تحقق عدم حضور المدعى وحضور المدعى عليه فى الجلسة الاولى أو جلسه أخرى تالية . كما تسرى هذه القواعد اذا تعدد المدعون وحضر البعض وغاب البعض الاخر اذ — كما قدمنا — يعتبر هؤلاء فى حكم الحضور .

---

(١) اذ من حق المدعى وقد رفع دعواه ان تفصل المحكمة فى الدعوى ، وليست فى حاجة من اجل هذا الى طلب من المدعى عليه . عكس هذا ابو الوفا : بند ٤٤٤ ص ٥٩٦ . ومن راينا : وجدى راغب مبادىء ص ٣١٨ .

(٢) عكس هذا : احمد مسلم : ص ٥٢٧ . ابو الوفا بند ٤٤٤ ص ٦٩٢ . وهما يريان ان المحكمة عندئذ تحكم بشطب الدعوى . وهو رأى لا يتفق مع حكم القانون المصرى الحالي . وهو حكم يتضح بصورة مؤكدة بمقارنة المادة ٨٢ منه بالمادة ٩١ من القانون السابق .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ٣٥٢ ص ٤٧٧ . ليبمان : جزء ثان بند ٢٤٣ ص ١٨٢ .

ثالثا : اذا حضر المدعى ولم يحضر المدعى عليه : وهذا هو الفرض الأكثر شيوعا فى العمل • ولم ينظر القانون المصرى (١) الى حضور المدعى عليه أمام القاضى باعتباره التزاما عليه أو ينظر الى الغياب باعتباره عصيانا ضد السلطة ، وانما نظر الى الحضور باعتباره أنه مقرر لمصلحة المدعى عليه نفسه للدفاع عن مصلحته فهو عبء عليه ورخصة له (٢) ، له ألا يقوم به دون أن يستحق لذلك عقوبة أو يعتبر بغيابه خاسرا للدعوى أو مقرا بالوقائع التى تمسك بها المدعى ، بل دون أن يعتبر بغيابه نازلا عن حقه فى الدفاع فى الخصومة أو راغبا فى عدم القيام بنشاط فيها (٣) • فالقانون المصرى لا يرى فى غياب المدعى عليه سوى الواقعة الموضوعية وهى عدم الحضور ، ويهتم فقط بأن تؤدى الوظيفة القضائية على أحسن وجه رغم هذا الغياب (٤) ،دون الاخلال بحق المدعى عليه فى الدفاع •

وقد فرق القانون المصرى ــ عند حضور المدعى وغياب المدعى عليه بين الجلسة الاولى وغيرها من الجلسات • فى الجلسة الاولى وفقا للمادة ١/٨٤ اذا حضر المدعى الجلسة الاولى ولم يحضر المدعى عليه فانه يجب التفرقة بين فرضين :

(أ) أن تكون صحيفة الدعوى قد أعلنت صحيحة لشخص المعلن اليه • وفى هذه الحالة ، يفترض أن يكون المدعى عليه ــ وقد تسلم بنفسه صورة صحيفة الدعوى ــ قد علم بتاريخ الجلسة • فلا تلتفت المحكمة الى غيابه ، وتنظر الدعوى وتحكم فيها على أساس طلبات المدعى وأسانيده •

---

(١) فى القانون الرومانى كان المدعى عليه يجبر على الحضور بالقوة . (كوستا : بند ٢٧٥ ص ٣١٦) . ووفقا للقانون فى مقاطعة جنيف بسويسرا اذا تغيب المدعى عليه فانه يخسر القضية (موريل : بند ٥٨٠ ص ٤٥٣) . وفى القرون الوسطى كان يترتب على غياب المدعى عليه اعتباره مقرا بالوقائع التى تمسك بها المدعى . (زانزوكى : جزء ثان بند ٢٠ مكرر ص ١٢٩) . وهو الحل الذى ياخذ به حاليا القانون الالمانى (مادة ٣٣١) . (انظر : موريل الاشارة السابقة) .

(٢) ساتا : بند ٢١١ ص ٢٩٤ .

(٣) كوستا : بند ٢٧٥ ص ٣١٦ .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٤٠ ص ١٧٩ .

وللمحكمة عندئذ أن تحكم فى الدعوى فى هذه الجلسة أو تؤجل نظر الدعوى الى جلسة تالية ، كما هو الحال بالنسبة لأية خصومة حضورية . ويلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع من صدور الحكم لصالح المدعى عليه رغم غيابه . فعلى المحكمة رفض طلب المدعى اذا لم يثبت من ناحية الواقع ، أو لم يكن مؤسسا من الناحية القانونية (١) .

(ب) ألا تكون الصحيفة — رغم اعلانها صحيحة — قد أعلنت لشخص المعلن اليه . فعندئذ خشى المشرع ألا يكون المدعى عليه قد استلم صورتها وأن يكون بالتالى معذورا فى عدم حضوره . ولهذا أوجب على القاضى عندئذ ألا ينظر الدعوى فى غياب المدعى عليه الا اذا كان قد سبق له تقديم مذكرة بدفاعه . فان لم يكن قد فعل ، فان على القاضى تأجيل القضية الى جلسة أخرى يقوم المدعى باعلان المدعى عليه بها . وفى الجلسة التالية ، اذا لم يحضر المدعى عليه وتبين للمحكمة أن المدعى لم يقم بهذا الاعلان (٢) ، فانها لا تنظر الدعوى ، وانما توقع على المدعى ما تراه من جزاءات نصت عليها المادة ٩٩ مرافعات لعدم امتثاله لأمر المحكمة بالقيام بالاعلان (٣) . على أنه يستثنى من وجوب التأجيل الدعاوى المستعجلة اذ لا تحتمله .

٢ — فى غير الجلسة الاولى : اذا حضر المدعى وغاب المدعى عليه ، فلا أثر لهذا الغياب . وللمحكمة أن تحكم فى الدعوى أو تؤجل نظرها الى جلسة أخرى . وليس فى قضاء المحكمة فى الدعوى أى اخلال بحق المدعى عليه ، ذلك أن الفرض أنه قد حضر فى جلسة سابقة أو أنه على الأقل قد أعلن لشخصه لجلسة سابقة أو أعيد اعلانه . وبهذا اعطى الفرصة للدفاع عن حقوقه ، فلا يلومن الا نفسه .

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٤٣ ص ١٨٢ . موريل : بند ٥٨٣ ص ٤٥٧ .

(٢) فاذا كان هذا الاعلان (اعادة الاعلان) باطلا ، كان على المحكمة تأجيل القضية لاعادة اعلانه مرة اخرى أعلانا صحيحا وفقا للمادة ٨٥ مرافعات .

(٣) رمزى سيف : بند ٤٣٨ ص ٥٥٠ .

رابعا : تعدد المدعى عليهم وحضور المدعى وغياب المدعى عليهم او غياب بعضهم : اذا تعدد المدعى عليهم ولم يحضروا جميعا وكانوا قد أعلنوا جميعا لأشخاصهم أو لم يعلنوا جميعا لاشخاصهم ، طبقت القواعد السابق بيانها (فى ثالثا) . ولكن المشكلة تثور اذا كانوا قد تغيبوا جميعا وأعلن البعض لشخصه والبعض الاخر لم يعلن لشخصه ، أو حضر بعضهم وتغيب البعض ولم يكن قد أعلن لشخصه ، اذ يختلف عندئذ مركزهم بالنسبة لنظر القضية بحيث يؤدى تطبيق القواعد المتقدمة الى نظر القضية بالنسبة للبعض ووجوب تأجيلها بالنسبة للبعض الآخر . ولأن من شأن هذا الاختلاف بالنسبة للقضية الواحدة أن يؤدى الى احتمال تناقض الاحكام ، فقد رأى المشرع توحيد الحل بالنسبة للجميع . وقرر أن يكون هذا الحل ، صيانة لحق من لم يعلن لشخصه من الغائبين ، هو تأجيل القضية الى جلسة أخرى بالنسبة للجميع . وعلى المدعى أن يعلن الى هذه الجلسة من لم يكن قد أعلن لشخصه . ولا تنطبق هذه القواعد — لنفس العلة السابق بيانها — على الدعاوى المستعجلة .

٣١٤ — قواعد نظر القضية فى غيبة احد الخصوم : لم يهتم المشرع فى مصر بتحديد القواعد التى تنطبق فى حالة نظر القضية فى غيبة أحد الخصوم ، على أنه يمكن القول — فى ضوء القواعد العامة — ان الخصومة عندئذ تخضع لبعض قواعد الخصومة العادية ، كما تخضع لقواعد أخرى متميزة خاصة بها :

١ — كما هو الحال بالنسبة للخصومة العادية (١) : (أ) يبقى عبء الاثبات كما هو سواء على المدعى أو على المدعى عليه . فان كان على المدعى وتغيب دون أن تتضمن صحيفة دعواه أدلة الاثبات الكافية فانه يخسر دعواه وللقاضى — رغم غياب المدعى — أن يأمر باتخاذ اجراءات الاثبات التى له الامر بها من تلقاء نفسه مثل المعاينة أو الخبرة أو اليمين المتممة ، بل له أن يأمر باتخاذ اجراءات الاثبات التى لا تكون الا بناء على

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٥٢ ص ٤٧٧ . زانزوكى : جزء ثان بند ٢٥ ص ١٣٤ . ليبمان : جزء ثان بند ٢٤٣ ص ١٨٢ .

طلب ، مثل الزام الخصم بتقديم دليل أو اليمين الحاسمة ، اذا ورد الطلب فى صحيفة الدعوى • (ب) لا تأثير للغياب على كيفية اقتناع القاضى أو حريته فى تقدير الأدلة • (ج) لا تأثير للغياب فى وجود قيام الخصوم بما يجب عليهم من أعباء فالقاضى لا يكمل عـدم نشـاط الخصم الغائب • (د) للخصم الحاضر أن يقدم طلبات عارضة وفقا للقواعد العامة • على أنه يجب عليه اعلان الطلب الى خصمه الغائب اذا قدم الطلب فى جلسة لم يكن المدعى عليه حاضرا فيها (٣٨/ ٢) • وينطبق هذا النص على ما يعتبر طلبا جديدا بالمعنى الصحيح • ولكن لا يدخل فيه ما يتضمنه أى طلب سابق أو ما يكون مجرد ايضاح لهذا الطلب أو ما تملك المحكمة القضاء به دون طلب كالحكم برفض الدعوى • ومن ناحية أخرى ، ينطبق النص على أى طلب ولو لم يكن طلبا موضوعيا كما هو الحال بالنسبة للطلب ألوقتى أو المتعلق بالاثبات (١) • (هـ) لا تأثير للغياب فى تحديد من يتحمل من الخصوم مصاريف الخصومة •

٢ ــ على أن غياب الخصم يوجب تقرير بعض القواعد لحمايته • من هذه فى القانون المصرى : (أ) أن على القاضى أن ينظر من تلقاء نفسه فى صحة اعلان المدعى عليه الغائب بصحيفة الدعوى • فاذا وجده معيبا أمر المدعى باعادة اعلانه اعلانا صحيحا الى جلسة أخرى (٢) • (ب) أنه اذا حضر الخصم الغائب الجلسة بعد بدئها ، فان أى حكم صدر ضده فيها يعتبر كأن لم يكن (٨٦ مرافعات) • وهذه القاعدة تنطبق ولو كان الخصم يعتبر حاضرا حكما لسبق حضوره أو سبق تقديم مذكرة بدفاعه • (ج) أن كل حكم بالاثبات يصدر فى غيبة الخصم يجب اعلانه بمنطوقه (٥/٢ من قانون الاثبات) ، هذا ولو كان قد حضر قبل هذا (٣) •

---

(١) عكس هذا : محمد كمال عبد العزيز ص ٢٢٦ . وفى تقديرنا انه لو أراد المشرع الرأى المخالف ، لما اضاف فى المادة ٢/٨٣ بعد نصـه على عدم جواز تقديم الطلب الجديد ، أو التعديل او الزيادة فى الطلب السابق ، عدم جواز طلب الحكم على المدعى عليـه « بطلب ما » . اذ تكـون هـذه الاضافة تزيدا .

(٢) ما سبق بند : ٢٧٠ .

(٣) ما سبق بند : ٢٩٤ .

المبحث الثانى

وقف سير الخصومة

المطلب الاول : وقف الخصومة

٣١٥ — تعريفه : وقف الخصومة هو عدم سيرها لسبب أجنبى عن المركز القانونى لأطرافها ، وذلك حتى يزول هذا السبب أو تنقضى المهلة التى حددها قرار الوقف (١) • وتنظم قواعده المادتان ١٢٨ و ١٢٩ مرافعات (٢) • ويتميز الوقف بالمعنى الصحيح بأنه اذا تقرر ، فان الخصومة — وان ظلت قائمة — تدخل فى حالة ركود تستبعد أى نشاط فيها حتى ينتهى الوقف • ولهذا اذا حدث أن بدأت مرحلة فى نفس الخصومة ، فتوقف النشاط فى المراحل الاخرى حتى تنتهى هذه المرحلة ، فان هذا لا يعتبر وقفا للخصومة بالمعنى الصحيح • ويكون الامر كذلك ولو كانت هذه المرحلة التى تستمر انما تستمر أمام محكمة أخرى غير التى تنظر الدعوى ، اذ ما دامت مرحلة من نفس الخصومة ، فانه لا يمكن القول ان الخصومة قد وقفت • والذى يميزها كمرحلة فى نفس الخصومة الأصلية أنها ترتبط بها ولا تصلح فى ذاتها لتكوين خصومة مستقلة (٣) • ومثالها حالة ما اذا ندبت المحكمة قاضى محكمة المواد الجزئية التى يقع المكان الواجب اجراء الاثبات فى دائرتها لاجراء هذا الاثبات • وأهمية هذا التمييز ، أنه اذ وقفت الخصومة بالمعنى الصحيح للوقف ، فانها لا يتصور أن تسقط أثناء الوقف بسبب عدم قيام الخصم بنشاط فيها ، فى حين أنه اذا وقفت انتظارا لانتهاء مرحلة فيها فانها يمكن أن تسقط بسبب عدم قيام الخصم بنشاطه أثناء هذه المرحلة (٤) •

---

(١) ليبمان : جـزء ثان بند ٢٤٩ ص ١٨٩ . كوستا : بند ٢٨٣ ص ٣٢٠ .

(٢) وهما تتكلمان عن وقف الدعوى ، والمقصود وقف الخصومة : suspension d'instance

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٥٣ ص ١٩٤ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٦٦ ص ٤٩٩ .

٣١٦ — انواع الوقف : قد يكون الوقف بقوة القانون أو بحكم المحكمة أو باتفاق الخصوم :

(ا) بقوة القانون leg's opis : وفيه يتحقق الوقف بمجرد توافر سببه دون حاجة الى قرار به من المحكمة . واذا قامت الحاجة عملا الى مثل هذا القرار فليس للمحكمة أية سلطة تقديرية بشأنه . ويكون حكمها مقررا للوقف وليس منشئا له ، فيبدأ الوقف منذ تحقق سببه لا منذ قرار المحكمة به (١) . ومن أمثلته ما تنص عليه المادة ١٦٢ مرافعات من أنه يترتب على تقديم طلب رد القاضى وقف الخصومة حتى يفصل فيه نهائيا .

(ب) بحكم المحكمة : وهنا لا يتحقق الوقف بقوة القانون بمجرد توافر الحالة ، وانما يجب لذلك أن يصدر حكم من المحكمة بالوقف . فلا تبدأ آثار الوقف الا منذ حكم المحكمة . على أنه ليس للمحكمة أن تحكم بالوقف فى غير الحالات التى يخولها القانون هذه السلطة . وأهم تطبيقين للوقف بحكم المحكمة (٢) هما :

---

(١) رمزى سيف : بند ٤٤٨ ص ٥٦٥ .

(٢) ومن حالات الوقف القضائى أيضا ، حالة ما اذا كان الوقف لازما لمنع تناقض الاحكام ، فعندئذ على المحكمة وقف الخصومة أمامها الى حين الفصل فى الدعوى الاخرى اذا لم تستطيع اتقاء هذا التناقض المحتمل باحدى الوسائل القانونية الاخرى التى ينص عليها القانون كالاحالة للارتباط . ومن التطبيقات فى هذا الصدد ما قضت به محكمة النقض من أنه « اذا كان الحكم المطعون فيه قد فصل فى موضوع الدعوى باخلاء الطاعن من العين باعتباره غاصبا مقيما قضاءه على أن الحكم الصادر فى دعوى الطاعن برفض الزام المطعون عليه بتحرير عقد ايجار له عن ذات العين حاز قوة الامر المقضى لعدم استئناف الطاعن له واعتبرته محكمة الاستئناف تبعا لذلك ملزما فى الدعوى الراهنة بوصفه الاساس القانونى لقضائها فى حين أنه وهو صادر فى شق من دعوى الطاعن لم يكن من الجائز استئنافه على استقلال ، ومن ثم لم يحز تلك القوة ، فانها تكون قد أقامت قضاءها على ما يخالف صحيح القانون — اذ كان عليها وقف النظر فى الاستئناف الى حين صدور الحكم المنهى للخصومة برمتها فى الدعوى آنفة الذكر على أن تستأنف السير فى الاستئناف سواء بعد فوات ميعاد الطعن فى الحكم آنف الذكر دون استئنافه وصيرورته نهائيا تبعا لذلك ، أو بعد استئنافه فعلا ، ليتسنى نظر الاستئنافين معا والفصل فيهما بحكم واحد للارتباط بينهما . (نقض ايجارات ٥ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٤٨ ق) .

١ـ الوقف الجزئى : وتنظمه المادة ٩٩ مرافعات . فوفقا لهذه المادة ، اذا تخلف المدعى عن ايداع المستندات أو القيام بأى اجراء من اجراءات المرافعات فى الميعاد الذى حددته له المحكمة ، فان المحكمة تحكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تجاوز عشرة جنيهات . « ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لاتجاوز ستة أشهر وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه . واذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرت به المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن . » فالوقف تقرره المحكمة كجزاء على المدعى الذى لا يمتثل لامرها بتقديم مستند أو باتخاذ اجراء من الاجراءات . والامر متروك لسلطة المحكمة التى قد ترى فرض الغرامة أو الحكم بالوقف . وعلى المحكمة ـ قبل الحكم بالوقف ـ سماع أقوال المدعى عليه ، فقد تجد أن وقف الخصومة يضر به ضررا يجعلها لا تأمر به . ولكن للمحكمة ـ ما دامت قد سمعت أقوال المدعى عليه بشأن الوقف ـ أن تأمر به ولوأعترض عليه المدعى عليه (١) . والقول بغير هذا يعنى شل سلطة المحكمة فى اعمال الجزاء تفاذا لامر أصدرته ، لمجرد اعتراض المدعى عليه . وقد تكون للمدعى عليه مصلحة غير مشروعة فى الاعتراض كما فى حالة صدور أمر الى المدعى لمصلحة العدالة يرى المدعى عليه أنه ضار به . ومثاله أمر المحكمة للمدعى بأن يدخل شخصا من الغير فى الخصومة « لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة » وفقا للمادة ١١٨ مرافعات . وليس من المقبول تعليق استعمال المحكمة لسلطتها على ارادة المدعى عليه . ولو أرادالمشرع هذا لنص على عدم توقيع الجزاء الا بناء على طلب المدعى عليه ، ولكنه لم يتطلب سوى سماع أقواله (٢) .

وتأمر المحكمة بالوقف الجزائى لمدة لا تجاوز ستة أشهر . واذا أمرت به لمدة أقل ، ولم يمتثل المدعى لما طلبته منه ، فان لها أن تأمر بالوقف لمدة أخرى على ألا تزيد المدتان عن الستة أشهر جزاء لتخلف المدعى

---

(١) عكس هذا : ابو الوفا المرافعات بند ٤٥١ ص ٥٢٦ . كمال عبد العزيز : ص ٢٤١ .

(٢) انظر وجدى راغب : مبادىء ص ٣٣٤ .

عن القيام باجراء معين . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تعود المحكمة - بالنسبة لاجراء آخر - وتوقف الخصومة مرة أخرى لمدة ستة أشهر أخرى (١) .

ويتم تعجيل الخصومة باجراء من المدعى بعد قيامه بالاجراء المطلوب منه وانقضاء مدة الوقف . فاذا لم يعجل المدعى الخصومة ، بدأت مدة سقوط الخصومة بعد انقضاء مدة الوقف (٢) .

واذا تم التعجيل ، وتبين للمحكمة أن المدعى لم يقم بالاجراء المطلوب منه ، جاز لها الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن . ويدخل الامر فى سلطتها التقديرية ، فلها ألا تحكم به اذا وجدت أن المدعى عليه يضار منه . ويخضع تقديرها من الناحيتين الواقعية والقانونية لمراجعة المحكمة الاستئنافية اذا طعن فى الحكم بالاستئناف ، وفقا للقواعد العامة (٣) . ويترتب على الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال الخصومة ومايترتب عليها من آثار ، باستثناء ماتنص عليه المادة ١٣٧ من أعمال وأدلة اثبات تبقى رغم سقوط الخصومة . فهذه تبقى أيضا اذا حكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

٢ - وقف الخصومة الى حين الفصل فى مسألة اولية : قد تنشأ الروابط والمراكز القانونية فى الحياة العملية مرتبطة بروابط أو مراكز أخرى ، ولهذا قد يحدث أن تعرض احدى الروابط القانونية على القضاء فتثور أمامه منازعة فى رابطة أو مركز قانونى آخر يعتبر وجوده مفترضا للاولى . وبهذا يكون الفصل فى هذه المنازعة مفترضا ضروريا للفصل

---

(١) ويجوز الطعن فى الحكم بالوقف الجزائى ولو قبل انتهاء الخصومة - وفقا للمادة ٢١٢ مرافعات فاذا لم يطعن فيه ، حاز قوة الامر المقضى وامتنع اثارة الجدل بشأنه (نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٨١ - فى الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) المذكرة الايضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . ولا مانع من ان يعجلها المدعى عليه اذا اقتضت مصلحته ذلك كما لو انقضت مدة الوقف ولم يقم المدعى بالاجراء المطلوب فيعجلها المدعى عليه ليطلب اعتبار الدعوى كأن لم تكن .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٧/٤/٢٦ فى الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٣ ق .

فى القضية (١) . والاصل — كما قدمنا — أن الفصل فى المسألة الاولية يكون من اختصاص المحكمة التى تنظر الخصومة الاصلية . ولكن قد تعرض هذه المسألة فىصورة دعوى تقريرية لا يجيز القانون للمحكمة التى تنظر القضية الفصل فيها . ويحدث هذا اذا كانت الدعوى الاصلية أمام المحكمة الجزئية والدعوى التقريرية المتضمنة لمسألة أولية من اختصاص المحكمة الابتدائية ، أو اذا كانت المسألة الأولية تخرج من ولاية القضاء المدنى لتدخل فى ولاية القضاء الادارى أو الجنائى أو قضاء المحكمة الدستورية العليا (٢) . فعندئذ تأمر المحكمة بوقف الخصومة الأصلية الى حين الفصل فى المسألة الأولية من المحكمة المختصة بها (مادة ١٢٩ مرافعات) . ويستوى أن تكون الدعوى بالمسألة الأولية مرفوعة فعلا أمام هذه المحكمة أم لم ترفع بعد .

وللمحكمة التى تأمر بالوقف السلطة الكاملة فى تقدير جدية المنازعة فى المسألة الاولية أو عدم جديتها ، فلها — بغير معقب عليها من محكمة النقض — ألا تأمر بوقف الخصومة اذا قدرت عدم جديتها (٣) . ومن ناحية أخرى ، فان تقدير لزوم الفصل فى المسألة الأولية قبل الفصل فى الدعوى يرجع لتقدير المحكمة الذى لا يخضع لرقابة النقض .

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٥٠ ص ١٩٠ . زانزوكى : جزء ثان بند ٣٠ ص ١٤٠ .

(٢) انظر ما سبق بند ١٨٣ .

(٣) نقض تجارى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ٥٢ ق . ونقض ايجارات ١٧ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن ١٠٩٧ لسنة ٤٩ ق . مدنى ٢ نوفمبر ١٩٧٦ — الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٤٢ ق . و ١١ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٠٠٩ — ١٥٨ و ٢٠ يونية ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٨٩٦ — ١٢٧ . ويلاحظ انه وفقا لنص المادة ١٢٩ ، للمحكمة التى تنظر الدعوى الاصلية أن تأمر بالوقف من تلقاء نفسها اذا « رات تعليق حكمها فى الموضوع على الفصل » فى المسألة الاولية التى تخرج عن اختصاصها وفقا لما هو وارد فى المتن ، وذلك دون حاجة لدفع بذلك من الخصم . (ليبمان . جزء ثان بند ٢٥١ ص ٩٣) .

مادام قد بنى على أسباب سائغة (١) . على أن سلطتها التقديرية تقف عند هذا الحد ، فليس للمحكمة أن تأمر بالوقف الا اذا قدرت وجود ارتباط بين الدعوى الاخرى والدعوى التى تنظرها على نحـو يجعل الفصل فى الأولى مفترضا ضروريا للفصل فى الثانية ، اذ بغير هذا الارتباط لا نكون بصدد مسألة أولية ، بالمعنى الصحيح . ولهذا يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض وجوب عدم الوقف تطبيقا لنص المادة ١٢٩ بغير تحقق هذا الارتباط (٢) . واذا قررت المحكمة وقف الخصومة الى حين الفصل فى مسألة أولية ، فان قرارها هذا يتضمن حكما قطعيا بعدم جواز الفصل فى موضوع الدعوى قبل الفصل فى المسألة الأولية ، وبأن الفصل فى المسألة الأولية لا يدخل فى اختصاصها بل فى اختصاص جهة أو محكمة أخرى . ولهذا ليس لها أن تعدل عن قرارها بالوقف وتفصل هى فى المسألة الأولية أو تنظر موضوع الدعوى قبل أن يقدم لها ما يدل على الفصل فى المسألة الأولية من تلك الجهة أو المحكمة (٣) .

فاذا لم تكن الدعوى بالمسألة الأولية مرفوعة أمام المحكمة المختصة بها قبل الحكم بالوقف ، وجب على المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية اذا حكمت بالوقف أن تحدد أجلا للخصم لرفع الدعوى بالمسألة الأولية أمام تلك المحكمة (مادة ١/١٦ ق . السلطة القضائية) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٨١/٦/١٥ فى الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٤٨ ق . زانزوكى : جزء ثان بند ٣١ ص ١٤١ — ١٤٢ . وذلك ما لم ينص القانون على وجوب الوقف فى حالة معينة . كنص المادة ٢/٨٣٨ مدنى التى توجب وقف دعوى القسمة الى حين الفصل فى النزاع على الملكية . او وقف الدعوى المدنية نتيجة لرفع الدعوى الجنائية وفقا للمادة ١/٢٦٥ اجراءات جنائية . (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٢٠٦ — ٢٠٩). ولهذا فان على المحكمة وقف الخصومة فى دعوى الايجار المرفوعة اذا كان قد سبقها ادعاء جنائى بتزوير عقد الايجار (نقض ايجارات ١٥ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٤٩ ق).

(٢) نقض مدنى أول سبتمبر أول نوفمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٩٦٨ — ١٤٧ .

(٣) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٩٨ — ١١٢ . و ٢١ مارس ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٤ — ٣٣٧ — ٥٣ . كما أن قرارها هذا لا يسقط تبعا لسقوط الخصومة أو انقضائها بمضى المدة (نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣١٢ — ٥٠) .

وتظل الخصومة الأصلية موقوفة حتى يزول سبب الوقف ، فيكون لأى من الخصوم سواء المدعى أو المدعى عليه[1] تعجيلها (مادة ١٢٩/٢). فلا يجوز تعجيل الخصومة قبل زوال سبب الوقف ، أى قبل الفصل فى المسألة الأولية . ومع ذلك فقد قدر المشرع أن سبب الوقف قد لا يزول بسبب تقصير الخصم المكلف برفع الدعوى بالمسألة الأولية ، كما لو تخلف هذا الخصم عن رفعها ، أو رفعها وترك الخصومة فيها ، فنصت المادة ٢/١٦ من قانون السلطة القضائية على أنه « اذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها » . أى أن تفصل فى موضوع الدعوى دون نظر الى الدفع الذى أثار المسألة الأولية أمامها [2] . ويعتبر هذا استثناء من قاعدة قطعية الحكم بالوقف بالنسبة لمسألة عدم جواز الفصل فى الدعوى الأصلية قبل الفصل فى المسألة الأولية . وهو استثناء يجب عدم التوسع فيه فيقتصر على حالة تقصير الخصم فى استصدار حكم فى المسألة الأولية [3] .

(ج) وقف الخصومة باتفاق الاطراف : قد يرغب الاطراف فى وقف الخصومة فترة من الوقت يحاولون أثناءها انهاء نزاعهم وديا ، فأجاز لهم القانون الاتفاق على هذا الوقف .

ويجب لوقف الخصومة بناء على هذا الاتفاق أن يتم الاتفاق بين جميع أطراف الخصومة ، سواء كانوا أطرافا أصليين أم متدخلين وأيا كان

---

(١) نقض احوال شخصية ١٩٨٢/٢/١٦ — فى الطعن رقم ٦ لسنة ٥١ ق .

(٢) ذهب البعض الى ان المحكمة — عندئذ — تفصل فى الدعوى على اساس « ان المادة ٢/١٦ تضع قرينة قانونية مؤداها ان اهمال الخصم فى استصدار الحكم فى المسالة الاولية يفصح عن تسليمه بما ادعاه خصمه متعلقا بها » (ابو الوفا — المرافعات — بند ٢٤٦ ص ٢٧٤) . وقد رفضت محكمة النقض بحق وجهة النظر هذه مقررة انه « اذا تخلف الخصم عن اقامة الدعوى بالجنسية امام القضاء الادارى فى الميعاد الذى حدده الحكم بالوقف ، فان هذا لا يعد منه تسليما بدفاع خصمه بان الموصى مصرى الجنسية » (نقض مدنى ١٧ أبريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٩٨ — ١١٢) .

(٣) وجدى راغب : مبادىء ص ٣٣٥ حاشية (١١) .

نوع تدخلهم (١) كما يجب أن يوافق القاضى على هذا الاتفاق . وتتم موافقة القاضى بناء على طلب يقدم اليه من جميع الخصوم . ويمكن أن يقدم الطلب من المحامى دون حاجة لتوكيل خاص . ويمكن أن يقدم الطلب كتابة أو شفويا (٢) . ولا يجب أن يتضمن الطلب تحديد سبب رغبة الخصوم فى وقف الخصومة (٣) ، فالأمر متروك للخصوم الذين لهم الاتفاق على الوقف أيا كان السبب (٤) .

وللقاضى سلطة تقديرية فى اقرار هذا الأتفاق (٥) . فله أن يرفض اقراره اذا تبين له أن الطلب انما يرمى الى اطالة أمد الخصومة (٦) . على أنه يجب على القاضى ألا يرفض اقرار الاتفاق على الوقف الا لأسباب هامة (٧) . ومن ناحيــة أخــرى ، فانه اذا وافق القــاضى على الوقف الاتفاقى ،فان له — لأسباب تبرر ذلك — أن يرجع عن قراره (٨) .

ويجب ألا تزيد مدة الوقف المتفق عليها عن ستة أشهر (١٢٨ مرافعات) حتى لا يؤدى الوقف الاتفاقى الى اطالة بقاء القضية فى المحكمة دون نظرها . وتبدأ هذه المدة من تاريخ اقرار المحكمة للاتفاق . فان اتفق الخصوم على مدة أطول ، وجب على المحكمة انقاصها الى المدة القانونية . على أنه يمكن — بعد تعجيل الخصومة — تكرار الاتفاق بين الخصوم على الوقف .

---

(١) زانزوكى : جزء ثان بند ٣٢ ص ١٤٢ . كوستا : بند ٢٨٤ ص ٣٢٢ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان بند ٣٢ ص ١٤٣ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٥٦ ص ١٩٦ .

(٤) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ١٤١ — ٢١ .

(٥) كوستا : بند ٢٨٣ ص ٣٢٢ . عكس هــذا : وجــدى راغب — مبادىء ص ٣٣٣ .

(٦) ردنتى : جزء ثان بند ١٣٤ ص ٢١٨ .

(٧) ساتا : بند ٢١٥ ص ٣٠٠ .

(٨) زانزوكى : جزء ثان بند ٣١ ص ١٤٢ .

٣١٧ ـ آثار الوقف وانتهاؤه : يترتب على وقف الخصـــومة أثران هامان :

١ ــ أن الخصومة ــ رغم الوقف ــ تعتبر قائمة . ولهذا ، فان آثار المطالبة القضائية تظل كما هى ، وبصفة خاصة الآثار الاجرائية . فاذا رفعت نفس الدعوى مرة أخرى ، فانه يمكن التمسك فى الخصومةالجديدة بالدفع بالاحالة الى المحكمة الأولى (١) .

٢ ــ أن الخصومة ــ رغم قيامها ــ تعتبر راكدة . وهذا الركود يعنى منع أى نشاط فيها ، فلا يجوز القيام بأى عمل من أى شخص . واذا تم مثل هذا العمل فانه يعتبر باطلا (٢) .واذا كانت هناك مواعيد اجرائية لم تبدأ فانها لا تبدأ أثناء الوقف . واذا كان الميعاد قد بدأ قبل الوقف ولم ينته ، فانه يقف ويستأنف سريانه بعد انتهاء الوقف (٣) . على أن أثر الوقف بالنسبة للمواعيد لا يترتب بالنسبة للوقف الاتفاقى ، فوفقا للمادة ١٣٨ لا يترتب على هذا الوقف أى أثر فى أى ميعاد حتمى يكون القانون قد حدده لاجراء ما . والمقصود بالميعاد الحتمى الميعاد الذى يترتب على مخالفته جزاء السقوط (٤) .

وينتهى الوقف بزوال سببه ، مثلا اذا وقفت الخصومة للحصول على حكم فى مسألة أولية من محكمة أخرى ، فان الوقف يزول بصدور هذا الحكم . ويمكن أن يحدد قرار الوقف الجلسة التى يعاد فيها نظــر القضية . ويتصور هذا بصفة خاصة فى الوقف الاتفاقى (٥) . فاذا لم تحدد هذه الجلسة ، فان القضية يعاد نظرها فى جلسة تحدد بعد زوال سبب الوقف بناء على طلب أى من الخصوم . على أنه بالنسبة للوقف

---

(١) كوستا : بند ٢٨٤ ص ٣٢٢ .

(٢) كوستا : بند ٢٨٤ ص ٣٢٣ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٥٧ ص ١٩٧ .

(٤) وجدى راغب : مبادىء ص ٣٣١ .

(٥) زانزوكى : جـزء ثان بند ٣٣ ص ١٤٣ . كوستا : بند ٢٨٥ ص ٣٢٣ .

الاتفاقى ، يمكن للأطراف الاتفاق (١) على انهاء الوقت قبل انتهاء مدته . وعندئذ يجب — كما هو الحال بالنسبة للوقف — أن يتم الاتفاق بين جميع الخصوم . ومن ناحية أخرى ، خشية من أن يكون الخصوم الذين اتفقوا على الوقف قد أنهوا النزاع بينهم وديا ، تحدد المادة ١٢٨ ميعاد ثمانية أيام من انتهاء الوقف للقيام بتعجيل الخصومة . ويبدأ ميعاد التعجيل من نهاية أجل الوقف ولو صادف عطلة رسمية . ويجب اعلان التعجيل خلال هذا الميعاد . ولا عبرة بتاريخ تقديم الصحيفة لقلم الكتاب (٢) . فاذا لم يقم أى من الطرفين خلال هذا الميعاد باعلان الطرف الآخر بالحضور أمام المحكمة لاستئناف نظر القضية ، اعتبر المدعى تاركا دعواه والمستأنف تاركا استئنافه » (٢/٢٨) (٣) . بمعنى أن الخصومة تنتهى ، فتزول المطالبة القضائية وما ترتب عليها من آثار ، كما تزول أعمال الخصومة التى تمت قبل الوقف . ويعتبر ترك المدعى لدعواه مقبولا مقدما من المدعى عليه بعدم تعجيل هذا الأخير للخصومة فى الميعاد الذى حدده

---

(١) فلنيس لايهم انهاء الوقف بارادته المنفردة . وجدى راغب : مبادىء ص ٣٣٧ . عكس هذا : أبو الوفا : بند ٤٥٩ ص ٥٣٤ ، وهو يرى ان للمدعى التعجيل قبل انتهاء مدة الوقف الاتفاقى ، ولا يعتد باعتراض المدعى عليه . وأيضا نقض مدنى ١٩٧٨/٦/٢٨ . فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق . وفى تقديرنا ان الوقف الاتفاقى متى اقره القاضى فانه يكون ملزما لطرفيه . ولا يجوز التعجيل قبل انتهاء ميعاد الوقف المتفق عليه الا باتفاق لا حق ، اذ التعجيل عندئذ يعتبر تعديلا لاتفاق تم بين الطرفين لا يجوزنقضه بارادة منفردة من احدهما . على انه لان للمحكمة العدول عن قرارها بالوقف (البند السابق) ، فان للمحكمة — بناء على تعجيل احد الطرفين قبل الميعاد — أن تنهى الوقف وتستانف سير الخصومة . ولكن يظل الامر خاضعا لسلطتها التقديرية فلها ان ترفض استئناف سيرها قبل انتهاءميعاد الوقف المتفق عليه والذى اقرته قبل ذلك بقرارها بالوقف .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/٦/٢٨ — فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بان هذا الجزاء لا يوقع فى حالة الوقف الى « حين ضم مفردات الدعوى المرفقة بالطعن بالنقض المرفوع عن الحكم السابق صدوره فيها والفصل فى موضوعه لعدم صلاحية نظر الدعوى بحالتها » فهذا الوقف وان تم باتفاق الطرفين وسمى وقفا اتفاقيا لايعتبر كذلك بل هو وقف يتم وفقا للمادة ١٢٩ ، ويكون للخصوم حق تعجيله بمجرد زوال سبب الوقف . (نقض مدنى ٢٤ مدنى ٢٤يونيو ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٤٧ ق .) .

القانون . ولهذا فان الترك الذى تنص عليه المادة ١٢٨ يترتب بمجرد انتهاء ميعاد الثمانية أيام دون تعجيل . ولا يقبل من المدعى أو المدعى عليه تعجيل الخصومة بعد انقضاء هذا الميعاد (١) . فان حدث ، فللطرف الآخر الدفع بانتهاء الخصـومة نتيجة للترك . على أن هذا الجزاء لا يتعلق بالنظام العام . ولهذا يجب التمسك به قـبل الكلام فى الموضوع (٢)، وليس للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها (٣) .

المطلب الثانى : انقطاع الخصومة

٣١٨ ـ تعريف الانقطاع واسبابه : تأكيدا لمبدأ المواجهة بين الخصوم، اذا حدثت واقعة من شأنها منع مشاركة الخصم فى الدفاع عن مصالحه ، فان الخصومة تقف بقوة القانون حتى يتم ما يلزم لاعادة الفاعلية لهذا المبدأ (٤) . وهذه الصورة الخاصة من صور الوقف (٥) تسمى فى الاصطلاح القانونى : انقطاع الخصومة interruption فانقطاع الخصومة يتميز بأن الخصومة تقف لسبب يرجع الى المركز القانونى لأحد أطرافها ـ أو من يمثله قانونا ـ مما يعطل اعمال مبدأ المواجهة . وتنظم انقطاع الخصومة المواد من ١٣٠ الى ١٣٣ مرافعات .

وتنقطع الخصومة اذا توافرت ، بعد بدئها (٦) ، أحد الأسباب التالية (مادة ١٣٠) :

(أ) وفاة أحد الخصوم الطبيعيين : اذ عندئذ يصبح ورثة المتوفى أطرافا فى الخصومة ، أى يخلفوه فى مركزه كخصم ، ولكن لأن الورثة قد

---

(١) رمزى سيف : بند ٤٥٤ ص ٥٧١ ـ ٥٧٢ .

(٢) نقض مدنى ٦ ديسمبر ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٧٧٥ ـ ٢٥٦ .

(٣) أبو الوفا : بند ٤٥٩ ص ٦١٣ . عكس هذا بمعنى ان الجـزاء يتعلق بالنظام العـام : وجدى راغب ـ مبادىء ص ٢٣٨ . رمزى سيف : بند ٤٥٥ ص ٥٧٢ .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٥٨ ص ١٩٧ .

(٥) ساتا : بند ٢١٧ ص ٣٠١ .

(٦) وتبدأ الخصومة ـ كما قدمنا ـ بايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة وقبل اعلانها للمدعى عليه .

يجهلون وجود الخصومة (١) فان اجراءاتها تنقطع حتى يعلمون بوجودها . ويأخذ نفس حكم وفاة الشخص الطبيعى ، زوال الشخص الاعتبارى وحلول غيره محله (٢) .

(ب) فقد أحد الخصوم لأهليته الاجرائية : فاذا حجز على الخصم لجنون أو سفه ، فانه يفقد أهليته الاجرائية ، ويجب أن يمثله القيم عليه ، ولهذا فان الخصومة تنقطع حتى يعلم القيم بهذه الخصومة .

(جـ) زوال التمثيل القانونى لأحد الخصوم (٣) : فاذا كان الخصم قاصرا يمثله الولى أو الوصى عليه ، وبلغ الخصم سن الرشد أثناء الخصومة ، فان تمثيل الولى أو الوصى له يزول ولا تكون له صلاحية القيام بأى عمل فى الخصومة نيابة عنه . ولهذا تنقطع الخصومة حتى يعلم الخصم بالخصومة ليتولى هو مباشرة أعمالها بنفسه أو بوكيل عنه (٤) . كذلك اذا حدث وتوفى الولى أو الواصى على الخصم القاصر أو عزل أو فقد أهليته أو عزل القيم على الخصم المحجور عليه ، فان الخصومة تنقطع حتى يعين غيره ويعلم بالخصومة .

---

(١) فنسان : بند ٧٥٩ ص ٧٤٣ (الطبعة ١٤ سنة ١٩٦٩) .

(٢) نقض مدنى اول ديسمبر ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٤٤ ق .

(٣) ولا ينطبق النص على وفاة ممثل الشخص الاعتبارى (وجدى راغب — مبادىء ص ٣٤٠) .

(٤) وقد استقرت محكمة النقض على أنه اذا بلغ القاصر سن الرشد واستمر نائبه القانونى يمثله فى الخصومة برضائه ، فلا يحدث اى انقطاع اذ أن النيابة تتغير من نيابة قانونية الى نيابة اتفاقية فتبقى للنائب صفة فى تمثيل الخصم (نقض ايجارات ٢٣ ديسمبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ٤٦ ق . ونقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٣٥٢ — ٢٣٢ . و ٦ يونيو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١١٢٥ — ١٦٨) . ولا يجوز اثارة مسالة وجود النيابة الاتفاقية لاول مرة امام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٧٣ — مشار اليه . و٢٣ فبراير ١٩٦٧ مجموعة النقض ١٨ — ٤٨٥ — ٧٣) . على ان هذه القاعدة تفترض أن الواصى كان ممثلا للقاصر عند رفع الدعوى ، فلا تنطبق على من كان بالغا سن الرشد من قبل رفع الدعوى وبالتالى لم يصح اختصامه بداءة . (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨ ق .)

ووفقا لبعض التشريعات اذا كانت الوكالة بالخصومة وجوبية فان عزل الوكيل بالخصومة أو وفاته أو رجوعه عن الوكالة يؤدى الى انقطاع الخصومة (١) . لكن القانون المصرى لا ينص على هذه الواقعة كسبب للانقطاع ، بل على العكس تنص المادة ٢/١٣٠ مرافعات مصرى صراحة على أنه « لا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى ، ولا بانقضاء وكالته بالتنحى أو بالعـزل » (٢) . ويكـون الأمر كذلك ولو كانت الوكالة بالخصومة وجوبية .

ومن المقرر أنه ـ بالنظـر الى العلة من انقطاع الخصـومة ـ فان الخصومة لا تنقطع اذا حدث العارض بعد أن تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها . وهى تكون كذلك اذا كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية (م ١٣٠ ــ ١٣١) أى أبدوا دفاعهم الختامى فى الدعوى سواء كان ذلك حقيقة بالمرافعة أو بالكتابة أو حكما بأن كانت الفرصة قد أتيحت لهم لابداء هذا الدفاع (٣) . ويبدو هذا واضحا اذا كانت المحكمة قد أمرت بقفل باب المرافعة (٤) . على أنه لا يوجد ما يمنع المحكمة من فتح باب المرافعة من جديد . وعندئذ يعنى قرارها أن الدعوى لم تتهيأ للحكم فى موضوعها بعد ، فتنقطع الخصومة .

---

(١) المادة ٣٦٩ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد . فنسـان : بند ٧٥٩ ص ٩٨٩) .

(٢) وتضيف المادة ١٣٠ مصرى أن للمحكمة ان تمنح أجلا مناسـبا للخصم الذى توفى وكيله او انقضت وكالته اذا كان قد بادر فعين له وكيـلا جديدا خلال الخمسة عشر يوما التالية لانقضاء الوكالة الاولى . ولا يمنع هذا النص المحكمة من سلطتها فى التأجيل ولو لم يعين وكيل جديد فى هذا الميعاد (وجدى راغب ـ مبادىء ص ٣٤١) .

(٣) وعلى المحكمة أن تبين العناصر الواقعة التى استمدت منها وصف الدعوى بأنها مهياة للحكم فيها ، حتى تتمكن محكمة النقض من اعمال رقابتها عليها فى تطبيقها للمادتين ١٣٠ و ١٣١ من قانون المرافعات . فان لم تفعل ، فان حكمها يكون قاصر البيان قصورا يبطله (نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٢٨٨ لسنة [illegible] ق .) .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند [illegible] على ان قفل باب المرافعة مع التصريح بتقديم مذكرات [illegible] مهياة للحكم فى موضوعها (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر [illegible] ـ فى الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٤١ ق .) :

٣١٩ — آثار الانقطاع وزواله : يتحقق الانقطاع بقوة القانون بمجرد توافر سببه ، بصرف النظر عن علم الخصم الآخر بهذا السبب (١) ، ودون حاجة لصدور حكم بالانقطاع . وهو يعتبر وفقا للخصومة بقوة القانون يترتب عليه نفس آثار هذا الوقف (٢) . ولهذا ، فانه بمجرد قيام سبب الانقطاع تقف الخصومة عند آخر اجراء حصل قبل قيام سبب الانقطاع ، فتقف المواعيد السارية ولا تبدأ مواعيد جديدة ، ولايجوز القيام بأى عمل اجرائى أثناء فترة الانقطاع وقبل أن تستأنف الخصومة سيرها بالطريق الذى رسمه القانون . وكل عمل يتم فى تلك الفترة — بما فى ذلك الحكم فى الدعوى — يعتبر باطلا (٣) . على أنه يلاحظ أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام فهو مقرر لمن شرع الانقطاع لحمايتهم وهم خلفاء المتوفى أو من فقد أهليته أو من قام مقام من تغيرت صفته . فلهؤلاء وحدهم التمسك بهذا البطلان (٤) ، ولهم النزول عنه صراحة أو ضمنا (٥) .

ولا يزول الانقطاع الا اذا حدث نشاط من أحد الخصمين لاعادة المواجهة بينهما . وهو ما يسمى بتعجيل الدعوى . وهذا النشاط يمكن أن يتم من الخصم الذى قام به سبب الانقطاع ، أو من الخصم الآخر (٦) . ولهذا وفقا للمادة ١٣٣ تستأنف الخصومة سيرها بعد الانقطاع اما باعلان

---

(١) نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٦٧ مجموعة النقض ١٨ — ١٠٣٠ — ١٥٤ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان بند ٢٩ ص ١٤٠ . كوستا : بند ٢٨٧ ص ٣٢٥ .

(٣) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٠٤ — ١٦ .

(٤) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٨١ — فى الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٧ ق و ٢١ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٨١ — ٦٤ . و ٢٠ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٨٧ — ٥٠ . و ٩ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٢٨ — ١٢٩ .

(٥) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٧ — مشار اليه .

(٦) زانزوكى : جزء ثان بند ٣٦ ص ١٤٧ . واذا ضمت دعويان متحدتان خصوما وموضوعا فان تعجيل احداهما من الانقطاع يؤدى الى اعتبار الدعوى الاخرى معجلة (نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٤٧ ق) .

صحيفه الى من يقوم مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بناء على طلب الخصم الآخر ، أو باعلان صحيفة الى هذا الخصم بناء على طلب الآخرين . والمقصود باعلان صحيفة ليس اعــلان صحيفة دعوى بكافة بياناتها بل اعلان سبق قيام الخصومة التى اعتراها الانقطاع وتكليف باقى الخصوم الحضور بالجلسة التى حددت مجددا لاستئناف سير ذات الخصومة (١) . ولأن الأمر لا يتعلق باعلان صحيفة الدعوى ، فانه لا حاجة عند عدم حضور المعلن اليه لاعادة الاعلان (٢) . واذا حدث سبب الانقطاع بين جلستين وفى الجلسة الثانية حضر ورثة الخصم المتوفى (اذا كانت الوفاة هى سبب الانقطاع) فان الخصومة تســتأنف سيرها . اذ بهذا الحضور يتأكد علم الورثة بالخصومة واحترام مبدأ المواجهة (٣) . ونفس الأمر اذا حضر الجلسة « من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة أو مقام من زالت عنه الصفة وباشر السير فيها » (٢/١٢٣) .

المبحث الرابع

انتهاء الخصومة

المطلب الاول

انتهاء الخصومة بغير حكم فى الدعوى

يرجع انتهاء الخصومة بغير حكم فى الدعوى الى أسباب مختلفة ينظم القانون المصرى ثلاثة أسباب منها هى : سقوط الخصــومة وانقضــاء الخصومة بمضى المدة وترك الخصومة . وهذه الاسباب التى ينظمهــا القانون المصرى ليست وحدها التى تؤدى الى انتهاء الخصومة بغير حكم فى الدعوى ، فهناك أسباب يعرفها هذا القانون سبق بيانها مثل حالة الحكم ببطلان رفع الدعوى ، وأسباب أخرى لم يتول تنظيمها مثل حالة ما اذاعقد

---

(١) نقض مدنى ١٢ يناير ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٤٣ ق . (عكس هذا . وجدى راغب : مبادىء ص ٣٤٤ .) ولا يغنى عن ذلك قيام الخصم بايداع صحيفة افتتاح دعوى قلم كتاب المحكمة دون أن تتضمن هذه الصحيفة اية اشارة الى الدعوى السابقة (نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) نقض ايجارات ٢٨ يناير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٧٣٥ لسنة ٤٧ ق .

(٣) سابقا : بند ٢١٩ ص ٣٠٣ .

صلح بين طرف الخصومة ، أو حالة ما اذا توفى أحد الطرفين وكان النزاع مما ينتهى بالوفاة كما فى دعوى الطاعة أو الحضانة (١) .

١ ـ سقوط الخصومة

٣٢٠ ـ تعريفه ونطاقه : سقوط الخصومة Péremption d'instance هو زوالها واعتبارها كأن لم تكن بسبب عدم قيام المدعى بنشاطه اللازم لسيرها . فهو جزاء يوقعه القانون على المدعى نتيجة لاهماله فى مباشرة نشاطه فى الخصومة (٢) . ويعود الأخذ بنظام سقوط الخصومة الى أن المدعى الذى لا يقوم بنشاط فى الخصومة مدة طويلة يعتبر مهملا لا يستحق انشغال المحاكم بقضيته ، وقد يعنى ابقاؤه للخصومة رغبته فى اطالة أمد النزاع نكاية بخصمه . ومن ناحية أخرى فان تقرير نظام سقوط الخصومة يؤدى الى دفع المدعى الى الاسراع فى تسيير الخصومة خوفا من سقوطها (٣) .

وينطبق هذا النظام على كل خصومة كما يسرى فى مواجهة كل شخص (٤) .

(أ) فمن ناحية ينطبق على الخصومة أمام أول درجة أو أمام الاستئناف ، حضورية أم غيابية ، كما أنه ينطبق ولو كان الحق المطالب به من الحقوق التى لا يجوز التصرف فيها أو تلك التى لا تتقادم ، أو كانت تتعلق ـ على أى وجه ـ بالنظام العام أو الآداب العامة .

(ب) ومن ناحية أخرى ، يسرى السقوط فى مواجهة جميع الأشخاص « ولو كانوا عديمى الأهلية أو ناقصيها » (١٣٨ مرافعات) . ويسرى للزوج أو للزوجة فى مواجهة الآخر دون اعتبار الى أن التقادم لا يسرى بينهما . وليس للأطراف ، سواء قبل بدء الخصومة أو بعد بدئها ، الاتفاق على أن عدم نشاطهم فى الخصومة لا يؤدى الى سقوطها (٥) .

(١) فنسان : بند ٧٦١ ص ٩٩٣ ـ ٩٩٤ .
(٢) موريل : بند ٥٣٤ ص ٤٢٦ .
(٣) فنسان : بند ٧٦٩ ص ١٠٠٠ . موريل : بند ٥٣٣ ص ٤٢٥ .
(٤) موريل : بند ٥٣٥ ص ٤٢٦ .
(٥) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٧١ ص ٥٠٤ .

٣٢١ — مفترضاته : لكى تسقط الخصومة يجب توافر ما يلى :

(أ) عدم السير فى الخصومة باهمال من المدعى : أى عدم القيام بالاعمال الاجرائية اللازمة لسير الخصومة ، والتى يقع على عاتق المدعى القيام بها . ولا يهم ما اذا كان عدم نشاط المدعى اراديا أم غير ارادى ، فيكفى عدم النشاط من الناحية الموضوعية ، دون بحث فى الارادة . فالسقوط أساسه عدم سير الخصومة وليس — كما يذهب البعض — الارادة الضمنية أو المفترضة لدى المدعى فى النزول عن الخصومة (١) . على أنه يلاحظ أن عدم النشاط يجب أن يكون من قبل المدعى (٢) . فاذا كان النشاط اللازم لسير الخصومة انما يتم من قبل المحكمة ولا يملك المدعى أية سلطة لتحريكه ، فان الخصومة لا تسقط مهما طالت مدة ركودها (٣) . كما يلاحظ من ناحية أخرى ، أن السقوط يفترض عدم السير فى الخصومة ، فهو لا يسرى قبل بدء الخصومة . فاذا قام شخص بانذار مدينه بدفع الدين وانقضى على هذا الانذار مدة السقوط ، فان الانذار لا يسقط اذ الخصومة لم تكن قد بدأت بعد . كذلك اذا انتهت الخصومة بحكم فى موضوعها فانه مهما طالت المدة بعد صدور الحكم ، فان الخصومة التى انتهت فعلا بهذا الحكم لا يرد عليها السقوط (٤) .

ويفترض عدم السير فى الخصومة المؤدى للسقوط اهمال المدعى ، فاذا أثبت هذا الأخير أنه لم يكن مهملا فى عدم القيام بالنشاط الذى يقع عليه عبء القيام به امتنع سقوط الخصومة . ولهذا يقف ميعاد السقوط طوال الفترة التى يستحيل على المدعى القيام بالنشاط المطلوب منه (٥)، أو يوجد سبب مشروع يبرر عدم قيامه بنشاطه . على أنه يجب التمسك

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٥ ص ٢٠٦ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٧٠ ص ٥٠٣ .

(٢) نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٥٠٢ — ٢٠٩ .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ٣٧١ ص ٥٠٣ — ٥٠٤ .

(٤) موريل : بند ٥٣٦ ص ٤٢٦ .

(٥) موريل : بند ٥٣٧ ص ٤٢٧ .

بهذا السبب أمام محكمة الموضوع فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمــة النقض .

(ب) أن يستمر ركود الخصومة مدة سنة (١٣٤ مرافعات) . وتبدأ هذه المدة من آخر عمل اجرائى صحيح له تاريخ محدد . فاذا لم يكن لآخر عمل اجرائى تاريخ معين ، جاز أن تبدأ مدة السقوط من وفاة من قام بالعمل (١) . والعبرة بمضى المدة من آخر عمل اجرائى صــحيح فى الخصومة (٢) ، أيا كان الشخص (٣) الذى قام بهذا العمل سواء كــان المدعى أو المدعى عليه أو كان القاضى أو أحد معاونيه . فاذا حدث أى عمل من هذه الأعمال ، وكان صحيحا (٤) ، انقطعت مدة السقوط التى تكون قد بدأت ، وبدأت مدة جديدة ـ وهكذا . على أنه يجب أن يتوافــر فى العمل شروط العمل الاجرائى ، وأن يتم فى نفس الخصومة ، والا لم يصلح لقطع مدة السقوط (٥) .

على أنه استثناء من قاعدة بداية مدة السقوط من آخر اجراء صحيح فى الخصومة ، اذا انقطعت الخصومة فلا تبدأ مدة الســقوط « الا من اليوم الذى قام فيه من يطلب الحكم بسقوط الخصومة باعلان ورثة خصمه

---

(١) فنسان : بند ٧٧١ ص ٧٥٠ (الطبعة ١٤ سنة ١٩٦٩) .

(٢) كيوفندا : نظم ـ جزء ثان بند ٣٧٠ ص ٥٠٢ . ولهذا اذا كان قد قضى فى الدعوى بنقض الحكم واحالة القضية الى محكمة الاستئناف ، فان مدة السنة تبدأ من تاريخ صدور حكم النقض باعتبار انه آخــر اجراء صحيح فى الخصومة . (نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٥٤٢ ـ ٧٤) . وليس من تاريخ اعلان هذا الحكم . (نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ١٧٠ ـ ٢١) فهذا الاعلان ليس من أعمال الخصومة التى انتهت بالحكم فيها .

(٣) عكس هذا : نقض مدنى أول ديسمبر ١٩٧٧ ـ فى الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٤٤ ق . (يشترط فى العمل أن يكون صادرا من أحد الخصوم وموجها الى الآخر ومقصودا به السير فى الخصومة) .

(٤) أو لم يتمسك خصم ببطلانه فى الوقت المناسب (نقض مدنى ١٩٧٧/٤/٥ ـ فى الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ ق) .

(٥) وتطبيقا لهــذا حكــم بأن الوفاء الجــزئى وان صــح اعتبــاره عمــلا قانونيا الا انه لا يمكن اعتباره اجراء من اجراءات الخصومة ذاتها ، ولهذا فانه لا يقطع مدة سقوطها . (نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٣٢٤ ـ ٤٥) .

الذى توفى أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة أو مقام من زالت صفته ، بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلى » (مادة ١٣٥) . وهذا النص ينطبق فقط فى حالة قيام سبب الانقطاع فى المدعى فهو خصم من يقوم « بطلب الحكم بسقوط الخصومة » . ولهذا اذا توفى المدعى عليه ، فلا يستفيد المدعى من هذا النص وعليه لتفادى سقوط الخصومة أن يعلن من حل محل المدعى عليه بقيام الخصومة قبل انقضاء سنة من آخر اجراء صحيح فى الخصومة (١) فان لم يفعل ، سقطت الخصومة (٢) . أما اذا توفى المدعى ــ أو من فى حكمه كالمستأنف (أو قام فيه سبب آخر من أسباب الانقطاع) (٣) ، فان مدة السقوط لا تسرى فى مواجهة ورثته (أو من يقوم مقامه ... الخ) الا من اليوم الذى يعلن المدعى عليه هؤلاء الورثة بوجود الخصومة بينه وبين مورثهم . وذلك لأن الفرض هو جهل الورثة بقيام هذه الخصومة ، فمن غير العدالة بدء مدة السنة دون اعلانهم بقيامها (٤) . على أنه يلاحظ أن هؤلاء الورثة (أو من يقوم مقامه .. الخ) هم وحدهم الذين لهم التمسك بعدم الاعلان حتى لا تجرى فى حقهم مدة السنة (٥) .

ويثير حساب بداية السنة بعض الصعوبات فى حالة وقف الخصومة . فاذا وقفت الخصومة ، فان حساب مدة السقوط من آخر اجراء صحيح

---

(١) نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٤٨ ق . اى من تاريخ صدور الحكم بانقطاع الخصومة . نقض عمال ١/١٨ ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٣١٧ لسنة ٤٣ ق .

(٢) نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ١٤٥٢ ــ ٢٠٣ . ولا يعفيه من هذا السقوط جهله بورثة المدعى عليه او جهله بمواطنهم فعليه البحث والتحرى عنهم محافظة على مصلحته . (نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ١٣٩١ ــ ٢٣٦ . و ٢٠ يناير ١٩٧٠ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ١٣٩ ــ ٢٤) .

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ١١٩٥ ــ ١٨٧ .

(٤) ولا يغنى عن هذا الاعلان علم من حل محل من قام به سبب الانقطاع المؤكد بوجود الخصومة بأية طريقة أخرى ولو كانت قاطعة (نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق) . ويسرى هذا الحكم ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة (نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٨١ ــ فى الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٥٠) .

(٥) نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٦٦ ــ مشار اليه .

قد يعنى توقيع جزاء على المدعى دون اهمال منه • ولهذا من المقرر (١) :

١ — فى الوقف الجزائى لا تبدأ مدة السنة الا من تاريخ انتهاء مدة الوقف • وذلك لان المدعى لا يستطيع القيام بأى اجراء قبل انتهاء هذه المـــدة •

٢ — فى الوقف الى حين الفصل فى مسألة أولية من محكمة أخرى ، لا تحتسب المدة التى استغرقها صدور الحكم من هذه المحكمة (٢) •

٣ — فى حالة الوقف بقوة القـــانون ، تبدأ المـــدة من زوال ســـبب الوقف •

٤ — أما فى الوقف الاتفاقى ، فلا مشكلة اذ أنه — كما قدمنا — ما لم تعجل الخصومة خلال ثمانية أيام من انتهاء مدة الوقف ، يعتبر المدعى تاركا دعواه • فلا مجال لسقوط الخصومة •

٣٢٢ — **التمسك بسقوط الخصومة** : تسقط الخصومة بقوة القانون • فلا يحتاج السقوط الى قرار به من القاضى ، أو طلبه من المدعى عليه • ولهذا فان أى عمل يقوم به المدعى بعد انقضاء ميعاد السقوط لا يمنع المدعى عليه من التمسك بالسقوط (٣) • فالمدعى عليه يستطيع الانتظار حتى يستأنف المدعى سير الخصومة بعد انقضاء ميعاد السقوط فيتمسك بالسقوط فى صورة دفع (١٣٦ مرافعات) (٤) • على أن المدعى عليه يستطيع — أيضا — التمسك بالسقوط فى صورة طلب الى المحكمة المرفوعة اليها الدعوى المطلوب سقوط الخصومة فيها وذلك بالاجراءات العادية لرفع الدعاوى (مادة ١٣٦) •

---

(١) انظر : وجدى راغب — مبادىء ص ٣٥٠ . محمد كمـــال عبدالعزيز ص ٢٢٩ .

(٢) ابو الوفا : بند ٤٦٨ ص ٦٢٩ .

(٣) رمزى سيف : بند ٤٦٣ ص ٥٨٨ .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٧ ص ٢١٠ . كوستا : بند ٣١٢ ص ٣٥٦ .

ويقتصر الحق فى التمسك بسقوط الخصومة على المدعى عليه وحده (١) • فليس للمدعى التمسك به ولو توافرت مفترضاته (٢) فان أراد التخلص من الخصومة فعليه اتباع طريق الترك • ومن ناحية أخرى ، ليس للمحكمة أن تقضى بالسقوط من تلقاء نفسها (٣) • فالسقوط لا يتعلق بالنظام العام ، انما هو يتعلق بمصلحة المدعى عليه الخاصة • ونتيجة لهذا ، فان الدفع بسقوط الخصومة يخضع لقواعد الدفوع الاجرائية التى لا تتعلق بالنظام العام • ومن أهمها ، أن للمدعى عليه النزول عن الدفع بسقوط الخصومة صراحة أو ضمنا (٤) ، وأنه يجب ابداؤه قبل الكلام فى الموضوع والا سقط الحق فيه (٥) •

ولكن ما الحل اذا تعدد الخصوم ؟

(أ) اذا تعدد المدعون : وفقا للمادة ١٣٦/٣ يجب التمسك بسقوط الخصومة فى مواجهة جميع المدعين • فاذا حدث التمسك به فى مواجهة البعض دون البعض الآخر ، كان الطلب أو الدفع غير مقبول • ويكون الأمر كذلك ، ولو تعذر على المدعى عليه التمسك بسقوط الخصومة فى مواجهة جميع المدعين لعدم توافر مفترضات السقوط بالنسبة لبعضهم كما لو كان قد قام بأحد المدعين سبب من أسباب الانقطاع وتأخر بدء ميعاد السنة بالنسبة له • كما يؤخذ بنفس الحل سواء كان تعدد الخصوم فى الخصومة الاصلية اجباريا أم اختياريا (٦) •

---

(١) وتتوافر المصلحة القانونية المشروعة له للتخلص من الخصومة بمجرد تقاعس المدعى عن موالاتها ولهذا فانه لا يجوز أن ينسب اليه تعسف فى استعمال حقه هذا . (نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق .) .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٦٤٢ ص ٥١٨ .

(٣) فنسان : بند ٧٧٢ ص ١٠٠١ .

(٤) نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٦٥٦ — ٩١ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٣١٣ — ٤٨ .

(٦) نقض مدنى ٢٦ اكتوبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٩٠٢ — ١٤٢ .

(ب) اذا تعدد المدعى عليهم : لم يرد نص خاص بهذا التعدد فى القانون المصرى كما ورد فى المادة ٣/١٣٦ بالنسبة لتعدد المدعين . وكانت المادة ٣/٣٠٣ من مجموعة ١٩٤٩ تنص على أنه اذا تعدد المدعى عليهم ، وتمسك أحدهم بالسقوط «استفاد منه باقى الخصوم» . مما يعنى أن السقوط بالنسبة للمدعى عليهم — لا يتجزأ . فالخصومة اذا تمسك أحدهم بسقوطها تسقط بالنسبة للجميع (١) . وأساس هذا الرأى هو النظر الى الحكمة من نظام السقوط وهى التخلص من الخصومة (٢) . الا أن المشرع المصرى أفصح فى مجموعة ١٩٦٨ عن ارادة مختلفة باغفاله عمدا هذا الحكم وذلك على أساس أنه « قد يكون من مصلحتهم (أى المدعى عليهم الذين لم يتمسكوا بالسقوط) عدم سقوط الخصومة بالنسبة لهم (٣) » . وعلى هذا ، فانه وفقا لاتجاه المجموعة الجديدة ، الأصل أن الخصومة — عند تعدد المدعى عليهم — تقبل التجزئة من حيث سقوطها . فاذا تمسك أحد المدعى عليهم بسقوط الخصومة ، حكم بسقوطها بالنسبة له دون غيره من المدعى عليهم الذين لم يتمسكوا بهذا السقوط (٤) . ويستثنى من ذلك حالة ما اذا كان تعدد المدعى عليهم اجباريا أى اذا كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة فيترتب على سقوط الخصومة عندئذ بالنسبة لبعض المدعى عليهم ، سقوطها بالنسبة للجميع (٥) ، اذ الخصومة لا يمكن أن تستمر فى مواجهة البعض فقط (٦) . ويكون الأمر كذلك ، ولو كان المدعى عليه الذى لم يتمسك

---

(١) نقض مدنى ٢٠ يناير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ١٣٩ — ٢٤ : « الخصومة فيما يتعلق بسقوطها — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة فى ظل قانون المرافعات السابق — تعتبر وحدة لا تتجزأ ولو كان موضوعها قابلا للتجزئة بطبيعته مما ينبنى عليه انه اذا تمسك أحد المدعى عليهم أو المستأنف عليهم بسقوط الخصومة سقطت بالنسبة لباقى المدعى عليهم او المستأنف عليهم » .

(٢) انظر : موريل : بند ٥٤١ ص ٤٢٩ .

(٣) تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الامة .

(٤) رمزى سيف : بند ٤٦٧ ص ٥٩١ . فاذا قضى الحكم بالسقوط لمصلحة غيره فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٧٨ — الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق)

(٥) نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٧٨ فى الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق . و ٢٢ مارس ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٤٣ ق .

(٦) دونو فريو : جزء أول بند ٦٤٢ ص ٥١٨ .

بالسقوط لا حق له فى التمسك به • فهو يستفيد منه رغم عدم تمسكه به أو انعدام حقه فى التمسك به ما دام موضوع القضية غير قابل للتجزئة •

٢٢٣ — آثار سقوط الخصومة : يعتبر الحكم بسقوط الخصومة حكما تقريريا وليس حكما منشئا (١) • ولهذا فان آثار السقوط ترتد الى اللحظة التى تحققت فيها مفترضاته (٢) • وهذه الآثار هى :

١ — لا أثر للسقوط على الحق الموضوعى المطلوب حمايته ، ولا على الحق فى الدعوى • ولهذا يمكن للمدعى — ولو سقطت الخصومة — أن يبدأ خصومة جديدة للحصول على حكم لصالحه فى الدعوى • على أن السقوط قد يؤثر فى الدعوى بطريق غير مباشر اذا حدث وكان الحق فى الدعوى قد تقادم ، ذلك أن السقوط — كما سنرى — يؤدى الى زوال الأثر القاطع للتقادم الناشىء عن صحيفة الدعوى • فيعتبر التقادم كأنه لم ينقطع مما يعرض الدعوى للانقضاء بالتقادم قبل رفعها من جديد (٣) •

٢ — تزول الخصومة (٤) بما تضمنته من أعمال (٥) وما أنتجته من آثار ، سواء كانت آثارا موضوعية أم آثارا اجرائية • ولهذا فان التقادم يعتبر كأنه لم ينقطع ، والفوائد كأنها لم تجر ، ولا تعد هناك مطالبة قضائية فلا يجوز بعد سقوط الخصومة التمسك بالاحالة لسبق رفع الدعوى • على أنه استثناء من هذه النتيجة ، ينص القانون على الابقاء على بعض أعمال الخصومة وأدلة الاثبات المقدمة فيها رغم سقوطها

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان ٣٧٣ ص ٥٠٨ .

(٢) فاذا تم عمل فى الفترة بين تحقق السقوط وبين تقريره فانه يكون باطلا اذ يكون قد تم بعد انتهاء الخصومة . زانزوكى : جزء ثان بند ٤٨ ص ١٥٩ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٨ ص ٢١١ . زانزوكى : جزء ثان بند ٤٩ ص ١٦٠ .

(٤) فنسان : بند ٧٧٢ ص ١٠٠٢ .

(٥) ويقتصر الزوال على أعمال الخصومة دون الاجراءات السابقة عليها . ولهذا فان الاعذار الذى وجهه البائع الى المشترى فى تاريخ سابق على رفع الدعوى التى قضى بسقوط الخصومة فيها يظل صحيحا منتجا لآثاره القانونية (نقض مدنى ٧ يوليو ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٩٤٧ — ١٤٣) .

(مادة ١٣٧ مرافعات) • وأساس هذه الاستثناءات هو مبدأ الاقتصاد فى الخصومة (١) • فهذا المبدأ يوحى بانقاذ بعض أعمال الخصومة التى سقطت ، وذلك لاستخدامها خارجها • وعلى هذا ، فانه رغم سـقوط الخصـومة تبقى الأعمال التالية :

(أ) الأحكام القطعية الصادرة فى الخصومة : والمقصود تلك التى تحسم بعض طلبات الخصوم وتحوز الحجية (٢) ، أو تلك التى تصدر فى أحد الطلبات حاسمة نقطة من نقط النزاع ولو لم تحز الحجية بالمعنى الصحيح (٣) • فقد أراد المشرع أن يحتفظ بالحكم القطعى وبآثاره خارج الخصومة التى صدر فيها رغم أنه تطبيقا للقواعد العامة لا يرتب — اذا لم تكن له حجية الأمر المقضى — أثرا خارج الخصومة التى صدر فيها • واذا بقى الحكم القطعى محتفظا بآثاره ، فان مؤدى هذا — منطقيا — ألا تسقط الأعمال الاجرائية السابقة عليه والتى يعتمد عليها الحكـم (١٣٧ مرافعات) • على أن عدم سقوط هذه الأعمال ليس له أهمية ألا كضرورة منطقية لامكان القول ببقاء الحكم الذى اعتمد عليها ، فلا يكون لهذه الاعمال أى أثر الا باعتبارها مفترضا لهذا الحكم •

(ب) الاقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التى حلفوها : ويحتفظ الاقرار واليمين فى الخصومة الجديدة بقوته فى الاثبات التى له فى الخصومة السابقة (٤) ولهذا يكون للاقرار قوة الاقرار القضائى (٥) •

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٦٨ ص ٢١٢ •

(٢) والمقصود الاحكام التى تصدر اثناء الخصومة ، وليس الحكم الذى ينهى الخصومة ، فبصدور هذا الحكم لا يكون هناك مجال لأى سقوط (ساتا : بند ٢٣٢ ص ٣٠٧) •

(٣) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣١٢ — ٥٠ • عكس هذا زانزوكى — جزء ثان بند ١٦١ ص ١٦٢ • ويرى انهـا تكون فى الخصومة الجديدة وسائل يستمد منها القاضى عناصر اقتناعه • فليس لها فيها نفس القوة •

(٤) دونوفريو : جزء أول بند ٦٤٥ ص ٢٥١ — ساتا : بند ٢٢٢ ص ٣٠٧ ••

(٥) نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٩٩ — ٩٤ •

(ج) اجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التى تمت : فهذه الاجراءات أو الأعمال يمكن التمسك بها فى الخصومة الجديدة ما لم تكن فى ذاتها باطلة . وعلة هذا أنه يمكن اعتبارها فى ذاتها اجراءات مستقلة عن اجراءات الخصومة الأصلية ، بدليل أنها يمكن أن تتم فى خصومة مستقلة (١) . على أنه يلاحظ أن تقدير شهادة الشهود أو تقدير رأى الخبير يبقى من سلطة المحكمة التى تجرى أمامها الخصومة الجديدة .

٢ ـ انقضاء الخصومة بمضى المدة

٣٢٤ ـ فكرته واحكامه : اذا حدث وركدت الخصومة مدة طويلة من الزمن تزيد على سنة ، ولم يكن هذا الركود راجعا الى اهمال المدعى ، فان الخصومة لا تسقط . ولكن ليس معنى ذلك أن تظل الخصومة قائمة منتجة لآثارها مهما طال ركودها ، ذلك أنه يترتب على قيامها حقوق اجرائية لا يجوز أن تبقى مؤبدة ، فضلا عن عدم جواز بقاء القضايا فى المحاكم راكدة بغير حركة . ولهذا ينص القانون المصرى فى المادة ١٤٠ مرافعات على أنه « فى جميع الأحوال تنقضى الخصومة بمضى ثلاث سنوات على آخر اجراء صحيح فيها » . وبهذا قنن المشرع المصرى نظام انقضاء الخصومة بمضى المدة . ووفقا لهذا النظام (٢) :

(أ) تنقضى الخصومة بقوة القانون بمجرد انقضاء ثلاث سنوات على آخر اجراء صحيح فيها . ولاحاجة الى طلب بذلك من المدعى عليه (٣) .

---

(١) رمزى سيف : بند ٤٦٩ ص ٥٩٤ .

(٢) موريل : بند ٥٤٤ ص ٤٣٠ . جابيو : بند ٩٠٤ ص ٥٨٩ .

(٣) ويمكن لأى من الطرفين التمسك بالانقضاء . على ان البعض يرى انه يمكن للمدعى عليه أن ينزل عن التمسك بالانقضاء ، وعندئذ تستمر الخصومة (جابيو : الاشارة السابقة) . . وعلى اية حال لا يجوز للمحكمة ان تقضى بانقضاء الخصومة من تلقاء نفسها ، كما انه لا يجوز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض (نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ٦٧٢ ـ ١٠٤) . ويمكن التمسك بالانقضاء فى صورة دفع عند تعجيل او تجديد السير فى الدعوى أو عن طريق رفع دعوى مبتداة امام المحكمة
=

(ب) تنقض الخصومة بمضى المدة أيا كان سبب ركودها سواء كان راجعا الى المدعى أم لا . ولهذا فانها تنقضى ، ولو كانت واقفة انتظارا للفصل فى مسألة أولية ، أو منقطعة بسبب من أسباب انقطاع الخصومة(١).

(جـ) لا يؤدى انقضاء الخصومة الى انقضاء الحق فى الدعوى الا اذا كانت مدة انقضاء الحق فى الدعوى فى ذاتها قد كملت ، كما لا يؤثر فى الحق الموضوعى الذى رفعت به الدعوى (٢) .

(د) يؤدى انقضاء الخصومة الى زوال اجراءاتها . على أنه يستثنى من هذا ما تنص عليه المادة ١٣٧ مرافعات من أعمال وأدلة تبقى رغم سقوط الخصومة . فهذه تبقى أيضا اذا انقضت الخصومة (٣) .

٣ — ترك الخصومة

٣٢٥ — تعريفه : ترك الخصومة désistement d'inctance هو اعلان المدعى ارادته فى النزول عن الخصومة بغير حكم فى موضوع الدعوى (٤). وقد يجد المدعى ، رغم أنه هو الذى بدأ الخصومة ، أن من مصلحته انهاءها دون حكم فى الدعوى . من هذا مثلا أن يكون قد أخطأ فرفع

= المقامة أمامها الخصومة ولو كانت محكمة استئناف . وهذا الطلب لا ينشىء خصومة جديدة . ويبقى الاطراف بذات صفاتهم فى الخصومة المطلوب الحكم بانقضائها . على أنه يجب التمسك بالانقضاء قبل الكلام فى الموضوع . (نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٢ ق .) .

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٢ق. رمزى سيف : بند ٤٧٥ ص ٥٩٨ . على ان هذا لا يمنع من القول بأن انقضاء الخصومة نفسها يمكن ان يرد عليه اسباب انقطاع التقادم او وقفه ، وفقا للقواعد العامة فى التقادم .

(٢) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق. و ١٦ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٧٢ — ١٠٤ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣١٢ — ٥٠ . ولهذا فانه ليس صحيحا ما ذهب اليه حكم محكمة النقض فى ٨ ديسمبر ١٩٨٣ (فى الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٢ ق .) من تكييف انقضاء الخصومة بأنه فى واقع الامر بطلان لاجراءات الخصومة الاصلية .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٧٥ ص ٥٠٩ . ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٣ ص ٢٠٣ .

الدعوى باجراءات معيبة أو أمام محكمة غير مختصة . فيكون من مصلحته — اقتصادا فى الوقت والمصاريف — أن يترك هذه الخصومة ليبدأ خصومة جديدة باجراءات صحيحة أو أمام المحكمة المختصة . أو أن يكون قد تسرع فى رفع الدعوى قبل أن يعد أدلة الاثبات الكافية ، فيترك الخصومة حتى يتسنى له رفع الدعوى من جديد بعد أن يكون قد أعد أدلته (١) .

٣٢٦ — شروطه : لكى يصح الترك وينتج آثاره يجب :

(أ) أن يصدر من المدعى . فهو الذى بدأ الخصومة ، فله وحده أن يتركها . فاذا تعلق الترك بخصومة الطعن ، فان للطاعن وحده تركها .

(ب) أن تتوافر لدى التارك الأهلية الاجرائية اللازمة لبدء الخصومة(٢) وليس للوكيل بالخصومة أن ينزل — بموجب توكيله العام — عن الخصومة، بل تلزم لذلك وكالة خاصة (٣) .

(جـ) أن يتم الترك فى الشكل الذى ينص عليه القانون . ووفقاللقانون المصرى يجب أن يتم الترك اما باعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح فى مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها ، أو بابدائه شفويا فى الجلسة واثباته فى محضرها (مادة ١٤١) . وأيا كان شكل الترك ، فانه يجب أن يكون صريحا فلا يتم ضمنا (٤) . على أنه يمكن أن يتم فى أية حالة كانت عليها القضية ولو بعد قفل باب المرافعة (٥) .

(د) ألا يكون معلقا على شرط أو متضمنا أى تحفظ . فليس للمدعى

---

(١) فنسان : بند ٧٦٣ ص ٩٩٥ .

(٢) دونوفريو : جزء اول بند ٦٣٧ ص ٥٠٩ . فنسان : بند ٧٦٥ ص ٩٦٩ .

(٣) كوستا : بند ٣٠٨ ص ٣٥١ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٧٦ ص ٥٠٩ .

(٤) كوستا : الاشارة السابقة .

(٥) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٧٦ ص ٥١٠ .

أن يترك الخصومة مشترطا مثلا ألا يرتب الترك أثرا معينا من آثاره أو يشترط أن ينفذ الاثر بعد وقت معين (١) .

(هـ) أن يقبله المدعى عليه . وعلة هذا الشرط أن تقديم المطالبة القضائية ينشىء للمدعى عليه الحق فى صدور حكم من المحكمة برفض الدعوى ولو كان المدعى على استعداد لترك الخصومة (٢) . على أن الترك يتم دون حاجة لقبول المدعى عليه فى صورتين :

١ — اذا لم يكن قد أبدى طلبا أو دفاعا موضوعيا فى الدعوى (٣) . اذ عندئذ لا تبدو مصلحته فى بقاء الخصومة .

٢ — اذا كان المدعى عليه قد أبدى رغبته صراحة أو ضمنا فى عدم صدور حكم فى موضوع الدعوى أو لم تكن له مصلحة مشروعة فى رفض القبول (٤) . ذلك أن رفضه القبول عندئذ يعتبر تعسفا فى استعمال الحق . ولهذا لا أثر لاعتراض المدعى عليه اذا كان قد طلب اخراجه من الخصومة أو تقدم بدفع اجرائى يرمى الى انهاء الخصومة بغير حكم فى الدعوى كما لو دفع بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان صحيفة الدعوى (مادة ١٤٢) كما أنه لا حاجة لقبول المستأنف ضده اذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر كليا لمصلحته ، وكان ميعاد الطعن قد انقضى عند الترك اذ عندئذ يكون ترك الطاعن للطعن لمحض مصلحة المطعون ضده لأن الحكم يصبح بترك الطعن حائزا لقوة الأمر المقضى (٥) .

وعلى العكس ، فان للمدعى عليه الاعتراض على الترك ، ويجب الاعتداد باعتراضه ، اذا كانت له مصلحة مشروعة فى الابقاء على الخصومة،

---

(١) ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٤ ص ٢٠٥ . دونوفريو : الاشارة السابقة .

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٣ ص ٢٠٤ .

(٣) رمزى سيف : بند ٤٨٠ ص ٦٠٥ (فيكفى الدفاع الموضوعى — ولو لم يقدم طلبا ، ليكون الترك متوقفا على قبول المدعى عليه) .

(٤) زانزوكى : جزء ثان بند ٤٣ ص ١٥٤ .

(٥) زانزوكى : الاشارة السابقة . نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٣٦ — ٥٩ . وذلك مالم يكن هناك طعن آخر بالاستئناف رفع من نفس الطاعن فى ميعاد الاستئناف .

ولو كان قد سبق له ابداء ما ينم عن رغبته فى عدم صدور حكم فى موضوع الدعوى (١) أو لم يكن قد أبدى دفاعا أو طلبا موضوعيا .

وحيث يلزم القبول ، وتعدد المدعى عليهم وتركت الخصومة فى مواجهتهم ، وجب قبولهم جميعا . فاذا لم يوافق أحدهم استمرت الخصومة بالنسبة له . فاذا حدث الترك من خصم أصلى وقبل من الطرف الأصلى الآخر ولم يقبل من المتدخل ، فان الخصومة تستمر فى مواجهة المتدخل وحده اذا كان متدخلا أصليا أو متدخلا انضماميا مستقلا ، ولكنها تنتهى فى مواجهة المتدخل الانضمامى البسيط ولو لم يقبل الترك (٢) . واذا تم القبول ، فانه يترتب عليه عدم جواز الرجوع فى الترك (٣) . أما اذا لم يقبل المدعى عليه الترك — حيث يجب قبوله — فان الترك لا ينتج أثره ، وتستمر الخصومة فى سيرها دون أن يحدث عليها أى تغيير لا فى هيكلها ولا فى أعباء الخصوم فيها (٤) .

وبقبول الترك ، يتم اتفاق اجرائى بين طرفى الخصومة يؤدى الى انهاء الخصومة (٥) . وللمدعى الرجوع عن ترك الخصومة صراحة أو ضمنا ،

---

(١) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٨ ق . (اذا رفع المؤجر دعوى اخلاء ضد المستاجر الاصلى والمستاجر من الباطن . فتمسك الاخير باعتبار الدعوى كأن لم تكن . وقام المؤجر بترك الخصومة قبل المستاجر من الباطن وحده ، فاعترض هذا الاخير على الترك ، فان هذا الاعتراض يجب ان يؤخذ فى الاعتبار لأن الترك قبل المستاجر من الباطن وحده يؤدى الى ابعاده وحده عن الخصومة واستصدار حكم باخلاء له أثره على مركزه القانونى باعتباره شاغلا شقة النزاع » . وجاء فى هذا الحكم أن المادة ١٤٢ مرافعات « تضع قاعدة مقتضاها عدم الاعتداد باعتراض المدعى عليه على ترك الخصومة طالما لم تكن له مصلحة مشروعة فى الابقاء عليها » .

(٢) زانزوكى : جزء ثان بند ٤٣ ص ١٥٥ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٧٦ ص ٥١٠ . نقض مدنى ١٩٧٨/٥/١١ — فى الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٤٥ ق .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٣ ص ٢٠٥ .

(٥) استئناف الاسكندرية ٣١ مايو ١٩٥٩ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ٣ — عدد ٣ ص ٢٥٩ . وقارن زانزوكى : جزء ثان بند ٤٤ ص ١٥٥ . كرستا : بند ٣٠٩ ص ٣٥٢ .

ولكن يشترط لذلك أن يكون الرجوع قبل قبول المدعى عليه للترك أو حكم القاضى باعتماده (١) .

٣٢٧ - آثاره : بعد أن تتأكد المحكمة من توافر الشروط اللازمة فى كل من الترك وقبوله ، تعلن انتهاء الخصومة(٢).واقرارها هذاليس منشئا انما له صفة تقريرية (٣) . ونتيجة لهذه الصفة فان الترك ينتج آثاره منذ تمامه (باعلان من التارك أو بقبوله من المدعى عليه ان لزم هذا القبول). ولهذا اذا حدث وتدخل شخص من الغير فى الفترة بين تمام الترك وبين قرار القاضى ، فان التدخل لا يقبل (٤) . ويترتب على الترك الآثار التالية(٥) (مادة ١٤٣) :

(أ) انتهاء الخصومة بجميع اجراءاتها (٦) ومراكزها القانونية وآثارها ، سواء كانت اجرائية أم موضوعية . فيعود الخصوم الى الحال التى كانوا عليها قبل بدء الخصومة ، وتزول جميع الطلبات والدفوع المقدمة منهم ، وجميع الاثار التى ترتبت عليها (٧) . ولهذا فان التقادم الذى يكون قد انقطع بالمطالبة القضائية يعتبر أنه لم ينقطع ، كذلك فانه لا يجوز بعد ترك الخصومة التمسك بالدفع بالاحالة لسبق رفع الدعوى على أساس قيامها.

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/٥/١١ - فى الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٤٥ ق .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٦٣٩ ص ٥١٠ - ٥١١ .

(٣) كوستا : بند ٢٠٩ ص ٣٥٢ .

(٤) استئناف نابولى ٢٥ أكتوبر ١٩٤٦ - مشار اليه فى دونوفريو (الاشارة السابقة) .

(٥) زانزوكى : جزء ثان بند ٤٦ ص ١٥٢ . فنسان : بند ٧٦٧ ص ٩٩٨ .

(٦) ورغم أن المادة ١٤٣ لم تستثن أى من هذه الاجراءات كما فعلت المادة ١٣٧ بالنسبة لآثار سقوط الخصومة ، فانه يجب القول بتطبيق هذه الاستثناءات أيضا بالنسبة للترك لأن المشرع لم يرتب على الترك آثارا أشد من الآثار التى يرتبها على سقوط الخصومة . ولهذا ، فان « للخصوم - رغم ترك الخصومة - التمسك باجراءات التحقيق وأعمال الخبراء التى تمت فى الخصومة ما لم تكن باطلة فى ذاتها » . (نقض ٧ أبريل ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ٨٢٤ - ١١٣) .

(٧) نقض ضرائب ١٩٨٠/١/٢٩ فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق .

(ب) تبقى الرابطة القانونية الموضوعية كما يبقى الحق فى الدعوى رغم انتهاء الخصومة . ولهذا يستطيع المدعى أن يعود فيرفع الدعوى من جديد باجراءات أخرى ، وذلك الا اذا انقضى حقه فى الدعوى بالتقادم أو بأى سبب آخر .

(جـ) يحكم على المدعى تارك الخصومة بمصاريفها . وأساس هذا الالتزام ليس خسارة المدعى للقضية ، فالدعوى لم يفصل فيها . وانما أساسه هو خطأ المدعى بشغله المحاكم والمدعى عليه بخصومة بغير هدف (١) ولهذا فانه اذا ترك المدعى الخصومة فى الجلسة الاولى قبل بدء المرافعة ، فلا يلتزم الا بربع الرسم المستحق عليها . (مادة ١/٧١) .

٣٢٨ — **تمييز ترك الخصومة** : تنطبق القواعد التى سبق بيانها على ترك الخصومة دون غيره من الأنظمة التى قد تختلط به . فهذه يجب تمييزها عن ترك الخصومة . ونعنى بصفة خاصة :

(ا) **النزول عن عمل من اعمال الخصومة** : ترك الخصومة يعنى النزول عن الخصومة برمتها . فاذا نزل الخصم عن عمل فقط من أعمال الخصومة فان هذا العمل وحده يعتبر كأن لم يكن (مادة ١٤٤) دون أن يؤثر ذلك فى بقاء الخصومة . ومثاله أن ينزل الخصم عن طلبه الاستشهاد بشهود أو عن أحد دفوعه فى الدعوى . ومن المسلم اختلاف أحكام هذا النزول عن أحكام ترك الخصومة فيما يلى (٢) :

١ — ترك الخصومة يجب أن يكون باعلان صريح (١٤١ مرافعات) فى حين أن النزول عن عمل اجرائى يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا (١٤٤ مرافعات) .

٢ — يحتاج ترك الخصومة الى وكالة خاصة ، أما النزول عن عمل اجرائى فيمكن أن يتم بواسطة المحامى دون توكيل خاص .

(١) كوستا : الاشارة السابقة . زانزوكى : جزء ثان بند ٤٦ ص ١٥٧ .

(٢) كوستا : بند ٣٠٩ ص ٣٥٣ . زانزوكى : جزء ثان بند ٤٢ ص ١٥٤ . فنسان : بند ٧٦٨ — ص ٩٩٩ .

٣ — ترك الخصومة لا يكون الا من المدعى ، أما النزول عن عمل اجرائى فيمكن أن يتم من المدعى ، أو من المدعى عليه .

٤ — لا يتم الترك — كقاعدة — الا بقبول المدعى عليه ، أما النزول عن عمل اجرائى فانه يتم دون حاجة لقبول من الطرف الآخر .

٥ — يترتب على الترك زوال الخصومة برمتها ، أما النزول عن عمل اجرائى فانه لا يؤدى الا الى اعتبار هذا العمل كأن لم يكن . على أنه يلاحظ أنه اذا كان هناك عمل اجرائى يعتمد على العمل الذى حدث النزول عنه ، فانه يعتبر هو الآخر كأن لم يكن . ومن ناحية أخرى ، لأن حجية الحكم تتعلق بالنظام العام ، فان من صدر لمصلحته الحكم لا يستطيع النزول عنه ورفع الدعوى من جديد للحصول على حكم آخر . ولهذا فانه اذا نزل المحكوم له عن الحكم ، فان هذا النزول « يستتبع النزول عن الحق الثابت فيه » (مادة ١٤٥) . فلا يستطيع المطالبة به من جديد . ولهذا يجب للنزول عن الحكم توافر صلاحية النزول عن الحق الثابت فيه .

(ب) النزول عن الحق فى الدعوى : النزول عن الحق فى الدعوى هو اعلان من المدعى بأن طلبه أمام القضاء لا يقوم على أساس (١) . وبه ينقضى الحق فى الدعوى . وتختلف أحكام النزول عن الدعوى عن أحكام الخصومة فيما يلى (٢) :

١ — يكفى بالنسبة لترك الخصومة الأهلية الاجرائية ، أما النزول عن الدعوى فتشترط فيه أهلية التصرف .

٢ — لا يتم ترك الخصومة — كقاعدة — الا بقبول المدعى عليه ، أما النزول عن الدعوى ، فلا حاجة فيه لقبول المدعى عليه ، ذلك أنه يتم لمحض مصلحة هذا الأخير .

---

(١) كوستا : بند ٢٠٨ ص ٣٥١ .
(٢) فنسان : بند ٧٦٨ مكرر ص ٩٩٩ — ١٠٠٠ . ليبمان : جزء ثان بند ٢٦٣ ص ٢٠٤ .

٣ ــ يترتب على ترك الخصومة انتهاؤها ، أما النزول عن الدعوى فانه لا ينهى الخصومة الا اذا لم يكن المدعى عليه قد تقدم بطلب عارض • اذ عندئذ تبقى الخصومة حتى يفصل فى هذا الطلب ، ما لم ينزل المدعى عليه عنه •

٤ ــ يعتبر ترك الخصومة عملا اجرائيا لا يتم الا فى الخصومة ، أما النزول عن الدعوى فانه يمكن أن يتم قبل نشأة الخصومة أو بعد قيامها ، أمام القضاء أو خارج مجلسه • ولهذا فان النزول عن الدعوى يعتبر تصرفا قانونيا من القانون الخاص يخضع للطعن بوسائل هذا القانون •

٥ ــ من ترك الخصومة له رفع الدعوى من جديد • و لايجوز ذلك لمن نزل عن حقه فى الدعوى •

المطلب الثانى : الحكم فى القضية

٣٢٩ ــ تعريف الحكم : يطلق القانون المصرى اصطلاح « الحكم » بصفة عامة على كل اعلان لفكر القاضى فى استعماله لسلطته القضائية ، وذلك أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ، وأيا كان مضمونه (١) • أما ما يكون استعمالا لسلطة القاضى الولائية ، فان القانون المصرى يطلق عليه عادة اصطلاح « أمر » (٢) •

---

(١) وهو بهذا يقابل الاصطلاح الفرنسى jugement على أن لفظ jugement له فى فرنسا أيضا معنى خاص فهو يطلق على احكام المحاكم الدنيا (محكمة ابتدائية مدنية ــ محكمة تجارية ــ محكمة جزئية ... الخ) . ويطلق لفظ قرار arrêt على احكام المحاكم العليا (محاكم الاستئناف ومحكمة النقض) ويطلق لفظ امر ordonnance على الأحكام المستعجلة وعلى الأوامر على العرائض . ويطلق لفظ sentence على أحكام المحكمين . (فنسان : بند ٥٣٠ ص ٧٠٤) .

(٢) على أن هناك ما يكون استعمالا للسلطة الولائية ويطلق عليه حكم مثل « حكم ايقاع البيع العقارى » . وهناك ما يكون استعمالا للسلطة القضائية ويطلق عليه أمر مثل اوامر الاداء .

٣٣٠ — تقسيم الاحكام (١) : ١ — الاحكام القطعية والاحكام غير القطعية: تنقسم الاحكام من حيث قوتها اصطلاحا الى أحكام قطعية وأحكام غير قطعية • الحكم القطعي هو الذى يفصل فى الطلبات الموضوعية أو فى جزء منها أو فى مسألة أثيرت أثناء الخصومة ، سواء كانت موضوعية مثل مسألة تكييف العقد ، أو اجرائية مثل مسألة اختصاص المحكمة أو بطلان عمل من الاعمال الاجرائية • وتتميز الاحكام القطعية بأنها بصدورها تستنفد المحكمة ولايتها بشأن ما فصلت فيه • أما الحكم غير القطعي فهو الحكم الذى يصدر فى دعوى وقتية ، أو الحكم الذى يتعلق بسير الخصومة أو تحقيقها ، ويتميز الحكم غير القطعي بأن المحكمة لا تستنفد ولايتها باصداره • وقد سبق بيان هذا بالتفصيل (٢) • وقد يشتمل الحكم الواحد على قرارين : أحدهما قطعي والآخر غير قطعي ، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذى يقرر مسئولية المدعى عليه (قطعي) ويحيل مسألة تحديد التعويض الى خبير (غير قطعي) •

٣٣١ — ٢ — الاحكام التمهيدية والاحكام التحضيرية : كان الفقه المصرى يهتم بتقسيم الأحكام غير القطعية المتعلقة بسير الخصومة أو بتحقيقها الى أحكام تمهيدية وأحكام تحضيرية • الحكم التمهيدى interlocutoire يمس الموضوع من حيث أنه يعطى انطباعا عن اتجاه الحكم المحتمل من المحكمة فى الموضوع • وعلى العكس ، الحكم التحضيرى preparatoire لا ينم عن اتجاه المحكمة بالنسبة للموضوع (٣) • ومثال الحكم التمهيدى: الحكم — فى دعوى تعويض — بندب خبير لتقدير الاضرار التى أصابت المدعى اذ ينم عن اتجاه المحكمة للحكم بالتعويض • ومثال الحكم التحضيرى الحكم — فى دعوى تعويض — بندب خبير لمعاينة المصنع محل الحادث لمعرفة ما اذا كان هناك خطأ من المدعى عليه • وقد صادفت هذه

---

(١) هناك تقسيمات أخرى للاحكام سبق دراسة بعضها (بند ٨٤) وسيأتى بيان البعض الاخر فى موضوعها المناسب .

(٢) ما سبق بند ٨٣ .

(٣) ابو الوفا : نظرية الاحكام — بند ٢٧٠ ص ٥٦٣ . رمزى سيف : الوسيط بند ٥١٥ ص ٦١ .

التفرقة صعوبات فى الحياة العملية دعت المشرع الفرنسى الى الغاء أهم نتيجة عملية لها وهى القابلية أو عدم القابلية للطعن المباشر بالاستئناف(١) ولم تأخذ مجموعة ١٩٤٩ أو مجموعة ١٩٦٨ فى مصر بهذه التفرقة فلم تعد لها أهمية عملية الا فى نطاق ضيق يتعلق بتطبيق قانــون الرســوم القضائية (٢) .

٣٣٢ – مضمون الحكم : للحكم مضمون حسب ما أثير فى القضية من مسائل وحسب ما انتهى اليه رأى المحكمة بشأنها . وعلى المحكمة أن تتبع فى بحثها لهذه المسائل وفى فصلها فيها الترتيب المنطقى التالى (٣) :

(أ) تبحث أولا المسائل التى تؤدى الى منعها من نظر الموضوع (٤) . مثلا بطلان المطالبة القضائية – عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها – انعدام الصفة لدى المدعى أو المدعى عليه – سبق الفصل فى الدعوى . فاذا وجدت أن أية مسألة من هذه المسائل على أساس ، فانها لا تبحث الموضوع ، ولا تنظر فيما يقدمه الخصوم من أوجه دفاع موضوعية (٥). وتنتهى الخصومة باصدار الحكم فى هذه المسألة ، مثلا ببطلان المطالبة أو بعدم الولاية أو الاختصاص . أما اذا كانت هذه المسألة ليست على أساس، فانها تبحث الموضوع . وتفصل بحكم واحد فيها وفى الموضوع .

(ب) اذا بحثت الموضوع ، فيجب أن تبحث المشاكل المتعلقة بالوقائع وبالقانون بالترتيب الذى تراه أكثر ملاءمة فى القضية المعينة ، وأكثــر تحقيقا لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة . وهكذا اذا قدم دفع ببطــلان عقد فانه يبحث قبل البحث فى دفع بالمقاصة ، اذ من غير المفيد البحث فى المقاصة اذا ثبت بطلان العقد . واذا قدم طلبان أحدهما بصفة أصلية

---

(١) فنسـان : بند ٥٣٤ ص ٧٠٨ – ٧٠٩ .

(٢) انظر المادة ٢ من قانون الرسوم القضائية لسنة ١٩٤٤ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٧٨ ص ٢٢٦ – ٢٢٨ .

(٤) وذلك من تلقاء نفسها أو بنـاء على دفع حيث يجب للتمســك بالمسألة .

(٥) نقض مدنى ١٥ يونيو ١٩٦٧ – مجموعة النقض ١٨ – ١٢٨٤ ١٩٥ .

والآخر بصفة احتياطية ، فعليها أن تبحث الطلب الأول ، فاذا وجدته على أساس فان الخصومة تنتهى بحكمها فيه دون بحث الطلب الثانى . فهى لا تبحث الطلب الاحتياطى الا اذا قضت برفض الطلب الاصلى (١).

وبهذا تعرض القضية فى صورة سلسلة من الحلقـات يمكن أن تقطع عند أية حلقة فيها ، ذلك أن الفصل فى مسألة قد يؤدى الى منع النظـر فيما يليها من مسائل .

والحكـم الصـادر فى الموضـوع قد يكون حكما بقبول الطلب أو برفضه . فاذا كان بالقبول فقد يكون حكما تقريريا أو حكما منشئا أو حكم الزام ، وفقا لنوع الدعوى المرفوعة . أما اذا صدر الحكم برفض الطلب فانه يكون دائما حكم تقرير سلبى وذلك باستثناء حالة ما اذا كانت الدعوى دعوى تقرير سلبية فان الحكم برفضها يكون حكم تقرير ايجابى اذ يعتبر حكما بتقرير وجود الحق الذى ينكره المدعى .

وقد يكون الحكم فى الموضوع منجزا ، وهذا هو الاصل . ولكنه قد يصدر معلقا على شرط (٢) . ومثاله أن يصدر حكم الزام معلقا على قيام المحكوم له بالوفاء بأداء مقابل .

٣٣٣ ـ وحدة الحكم : المبدأ الاساسى الذى يهيمن على الحكم فى القضية هو وجوب تركيز الفصل فى القضية فى حكم واحد . ومعنى هذا المبدأ ألا يصدر فى القضية سوى حكم واحد يكون منهيا للخصومة (٣). فلا تصدر أحكام متعددة فى أجزاء مختلفة من القضية . وبهذا يمكن تفادى تقطيع أوصال القضية وبعثرة جهد المحكمة فى حلول جزئية لمشاكلها . على أن تطبيق هذا المبدأ على اطلاقه قد يؤدى الى تأخير منح حماية قضائية يحتاجها صاحب الحق فى الدعوى ، ولهذا من المسـلم وجود

---

(١) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٦٠ ــ مجموعة النقض ١١ ص ٢٢٠ .
(٢) انظر : موريل : بند ٥٧٤ ص ٤٤٩ . وقد لوحظ ــ بحق ــ انه فى مثل هذه الحالة الحكم نفسه لا يكون معلقا على شرط ، فهو حكم منجـز ولكن الحق الذى أكده الحكم هو الذى يكون معلقا على شرط ليبمان : جزء ثانى بند ٢٨٢ ص ٢٣٤ .
(٣) ساتا : بند ١٩٨ ص ٢٧٩ .

بعض الاستثناءات على هذا المبدأ . ووفقا لهذه الاستثناءات يصدر حكم فى جزء من القضية مع استمرار الخصومة لتحقيق أجزاء منها لم يكتمل تحقيقها . غير أن القانون بعد أن أقر بضرورة هذه الاستثناءات رأى أن يقصر ضرر خروجها على المبدأ العام على درجة التقاضى التى صدرت فيها . فعاد وقرر أن مثل هذه الأحكام ، وأن أمكن صدورها قبل الحكم فى الموضوع المنهى للخصومة ، فانها — كقاعدة — لا تقبل الطعن الا عند الطعن فى هذا الحكم (مادة ٢١٢) (١) .

أما الاستثناءات على مبدأ وحدة الحكم فى القضية فأهمها :

(أ) اذا تعددت الطلبات : وذلك سواء ابتداء أو فى صورة طلب عارض ، وسواء بين خصمين أو عند تعدد الخصوم تعددا اختياريا (٢) . وفى هذه الحالة الأصل أن يفصل فى الطلبات بحكم واحد ، ولكن اذا كان أحد الطلبات صالحا للفصل فيه والطلب الآخر فى حاجة الى تحقيق فانه يمكن للمحكمة أن تصدر حكما فى الطلب الأول وتستمر فى الخصومة لنظر الطلب الثانى (٣) .

(ب) حكم الالزام العام : اذا تأكد وجود حق لدى المدعى ، ولكن تحديد مقداره يحتاج الى تحقيق يستدعى بعض الوقت ، فان للمحكمة أن تصدر حكما بالزام المدعى عليه بالأداء مع استمرار الخصومة لتحديد المبلغ المستحق . وحكم الالزام العام يفترض من ناحية طلب به من المدعى ، ومن ناحية أخرى أن يتأكد وجود الحق . ويعتبر حكما فى الموضوع يحسم مسألة وجود الحق ولكنه لا ينهى الخصومة (٤) .

(جـ) حكم الالزام الجزئى : اذا أصدرت المحكمة حكم الزام عام ، ووجدت — عند اصدار هذا الحكم — أن جزءا من المبلغ الذى طالب

---

(١) أنظر ماسيلى بند ٣٤٢ .

(٢) فى التعدد الاجبارى لا يوجد تعدد طلبات وانما فقط تعدد خصوم (انظر ما سبق بند ٢٠٤) .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٨١ ص ٢٤٢ .

(٤) ليبمان : جزء ثان بند ٢٨٢ من ٢٣٢ — ٢٣٣ . ومن فوائد اصدار هذا الحكم تمكين المحكوم له من توقيع حجز تحفظى على منقولات مدينه .

به المدعى مؤكدا، فان لها ــ بناء على طلب المدعى ــ أن تصدر حكما بالزام المدين بدفع هذا الجزء . وهذا الحكم يتضمن تأكيدا كاملابالنسبة لهذا الجزء ، فلا يجوز العدول عنه (١) .

٣٣٤ ــ المداولة : بعد قفل باب المرافعة (٢) يبدأ القضاة فى المداولة لاصدار الحكم . والمقصود بالمداولة هو التفكير من القاضىالفرد أو تبادل الرأى فيما بين القضاة اذا تعددوا . ويمكن أن تتم المداولة فى الجلسة ، فيتشاور أعضاء المحكمة همسا فيما بينهم ويصدرون الحكم ، ويمكن أن ينسحب القضاة الى غرفة المشورة ويتبادلون فيها الرأى بعض الوقت ثم يعودون الى الجلسة لاصدار الحكم . وأخيرا ، وهو الغالب ، قد تقدر المحكمة أن التفكير فى الحكم يحتاج لبعض الوقت فلا تصدر الحكم فى نفس اليوم ، وانما تؤجل النطق بالحكم الى يوم لاحق تحدده (٣) . وعندئذ تتم المداولة فى غرفة المشورة فى أى يوم قبل النطق بالحكم . ويجب لسلامة المداولة (٤) :

(أ) أن تجرى سرا ، فلا يجوز أن تحضرها النيابة العامة أو كاتب الجلسة (٥) ، أو أى شخص ولو لم يكن طرفا فى الخصومة . فاذاحضرها أحد غير القضاة الذين سمعوا المرافعات ، كان الحكم باطلا (مادة ١٦٧).

(ب) ألا تسمع المحكمة ــ أثناء فترة المداولة ــ أى خصم أو وكيله دون حضور الطرف الاخر ، أو أن تقبل أورقا أو مذكرات او مستندات من

---

(١) ليبمان : الاشارة السابقة .

(٢) فلا يجوز للمحكمة اجراء المداولة قبل انقضاء الميعاد الذى حددته لايداع المذكرات والذى لا يعتبر باب المرافعة فى الدعوى مقفولا الابانقضائه . على أنه ليس لخصم ان يتحدى بهذا الخطأ اذا تعلق الأمر بميعاد ممنوح لخصمه اذ لا يترتب عليه اخلال بحقه هو فى الدفاع (نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ١١٠٢ ــ ١٦٥) .

(٣) فنسان : بند ٤٧٤ ص ٦٣٢ .

(٤) والاصل هو افتراض حصول المداولة على الوجه الصحيح ، وعلى المتمسك بغير ذلك ان يقدم دليله . والمناط فى هذا الخصوص هو الاعتداد بالبيانات المثبتة بالحكم على أن تكمل بما يرد فى محضر الجلسة (نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ ــ فى الطعن رقم ١١١١ لسنة ٤٨ ق) .

(٥) موريل : بند ١٥٩ مكرر ٤ ص ٣٧٠ .

أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها . فان فعلت ، كان الحكم باطلا لاخلاله بحق الدفاع (١) ، (٢) . وقد حرصت المادة ١٦٨ مرافعات على النص على هذا الحكم بالنسبة لفترة المداولة ضمانا لعدم التأثير فى القضاة أثناء المداولة من أحد الخصوم . وهو ليس الا تطبيقا لمبدأ المواجهة ووجوب صيانة حق الدفاع مما سبق الاشارة اليه فى حينه .

(جـ) أن يكون جميع القضاة المشتركين فى المداولة قد حضروا جميع جلسات القضية ، (مادة ١٦٦) والا كان الحكم باطلا (٣) . وهذه القاعدة منطقية وذلك حتى يشترك فى اصدار الحكم فى القضية من اشترك فى نظرها . ويجب احترام هذه القاعدة ، ولو لم تكن هناك مرافعات شفوية فى القضية (٤) . وتطبيقا لهذه القاعدة ، اذا حدث مانع لدى أحد

---

(١) غير انه يجب لهذا ان تتضمن المذكرة المقدمة من الخصم دفاعا جديدا ، فاذا كان ما ورد بها مجرد ترديد لدفاع سبق التمسك به ورد عليه الخصم ، فلا مخالفة للقانون (نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٨٩ — ٨٥) .

(٢) ولا يغنى عن اطلاع الخصم على المستند المقدم تأشيره هو او وكيله على المذكرة المصرح بتقديمها والتى ارفق بها ذلك المستند بما يفيد استلامه صورتها او ان يكون مشارا فيها الى فحوى السند ما دام لم يثبت اطلاع الخصم على المستند ذاته . (نقض مدنى ٩ أبريل ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٥٤١ — ٨٧) على أنه يجب للقول بمخالفة القانون ان تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على هذا المستند .

(٣) بالرمو : الحكم — بند ٤٨ ص ١٦٣ . نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ١١٥٠ — ١٨٢ . و ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ٣٧ . وقد جرى العمل فى بعض الدوائر على زيادة عدد القضاة الذين يحضرون المرافعات عن النصاب العددى الذى حدده القانون لاصدار الحكم . ويتعلق الامر بتنظيم داخلى قصد به تيسير العمل بين أعضاء الدائرة . ولا يخل ذلك بالتشكيل المنصوص عليه قانونا مادام اعضاء الهيئة التى تداولت واصدرت الحكم قد سمعوا المرافعات . فلا يخل بالاجراءات امام محكمة الاستئناف ان يكون عضو رابع قد سمع المرافعات مادام لم يثبت قانونا انه اشترك فى المداولة واصدار الحكم . (نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ — فى الطعن رقم ١١١١ لسنة ٤٨ ق .) .

(٤) كوستا : بند ١٧٥ ص ٢٠٨ — ٢٠٩ .

القضاة الذين سمعوا المرافعات يحول دون الاشتراك فى المداولة (١) فيجب اعادة فتح المرافعة لتتم من جديد أمام القاضى الذى حل محل من قام لديه المانع . على أنه لا يجب اعادة المرافعة بأكملها ، بل يكفى لصحة الحكم تجديد الخصوم لطلباتهم أمام الهيئة بعد اشتراك هذا القاضى (٢) ، (٣) .

٢٣٥ — اصدار الحكم : اذا كان القاضى فردا فلا مشكلة ، أما اذا تعدد القضاة فانهم يصدرون الحكم — بعد المداولة — بأغلبية الآراء . ولأن عدد القضاة وترا ، فان الأغلبية تتكون — عادة — بسهولة . فاذا كان هناك أكثر من اتجاهين ، ولم ينل أى اتجاه الاغلبية المطلقة فكيف يتكون رأى المحكمة ؟ وفقا للمادة ١٦٩ مرافعات ، اذا كان هناك أكثر من اتجاهين ، وجب أخذ الرأى مرة أخرى ، فان لم تتكون أغلبية رغم هذا وجب على الفريق الأقل عددا أن ينضم الى أحد الفريقين الآخرين . فاذا لم يوجد فريق أقل عددا ، وجب على الفريق الذى يضم أحدث القضاة الانضمام الى أحد الفريقين الآخرين (٤) .

وسواء صدر الحكم بالاجماع أو بالأغلبية ، فلا يذكر هذا فى الحكم ، وانما ينسب الحكم الى هيئة المحكمة بأكملها . ولهذا النظام مزية توفير الضمانة لكل قاض لابداء رأيه بحرية وبغير تأثر ، اذ الحكم ينسب الى

---

(١) وقد حكم بان نقل القاضي للعمل بدائرة اخرى فى ذات المحكمة لا تزول به ولا يته فيجوز اشتراكه فى المداولة فى الاحكام الصادرة فى الدعاوى التى سمع فيها المرافعة بالدائرة الاولى (نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦١٨ — ٣٠٣) .

(٢) نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٤٥٣ — ٢٧٣ .

(٣) ومن ناحية اخرى ، فانه اذا صدر حكم قبل الفصل فى الموضوع ، فانه يكفى لصحة الحكم فى الموضوع ان يكون القضاة الذين اشتركوا فى المداولة بشانه قد حضروا الجلسات التالية فى النطق بالحكم الصادر فى الموضوع . (موريل : بند ٥٥٦ ص ٤٣٨) .

(٤) وفى القانون الايطالى ، حل آخر ، فوفقا له اذا كان هناك اكثر من اتجاهين عرض اتجاهان فقط للتصويت وما يحصل منهما على اغلبية يعرض مع الرأى الباقى على التصويت ... وهكذا . ويصدر الحكم وفقا لآخر تصويت . (انظر : مادة ٢٧٦ مرافعات ايطالى وفى شرحها كوستا : بند ١٨٥ ص ٢٠٨) .

المحكمة دون أن يستطيع أحد ، سواء من الحكومة أو من الخصوم ، معرفة رأى كل قاض على حدة . ولكن بعض التشريعات تأخذ باتجاه آخر مؤداه أنه اذا صدر الحكم بالاغلبية ، فيجب أن يشار فيه الى ذلك ، وعلى القاضى المخالف أن يدون فى آخر قـرار المحكمة مخالفته والأسباب التى يستند اليها . وميزة هذا الاتجاه الذى يأخذ به القانون أمريكى ، هو ضمان الجدية لدى القضاة فى المداولة ، وضمان احترام رأى القاضى ولو كان مخالفا للأغلبية .

٣٣٦ ـ شكل الحكم : الحكم كغيره من الأعمال الاجرائية عمـل شـكلى . وتظهر الشكلية فى الحكم بالنسبة للنطق به وكتابته :

(أ) النطق بالحكم (١) : هو قراءته بصوت عال فى الجلسة . وقد تنصب القراءة على أسباب الحكم ومنطوقه ، وقد تقتصر على المنطوق وحـده . وحتى النطق بالحكم ، فان الحكم ـ وان كتبت مسودته ـ لا يوجد قانونا . ولهذا فان لأى من القضاة الذين اشتركوا فى المداولة العدول عن رأيه ما دام الحكم لم ينطق به . وقد يحدث العدول من أحد القضاة مما يؤدى الى جعل الأغلبية فى الجانب الآخر ، وقد يؤدى العدول الى جعل الحكم يصدر بالأغلبية بدلا من صدوره بالاجماع أو بالعكس .

ويجب النطق بالحكم فى جلسة علنية والا كان الحكم باطلا (مادة ١٧٤) ذلك ولو كانت القضية قد نظرت فى جلسة أو جلسات سرية . ويجب أن يشار فى الحكم الى صدوره علنا .

كما يجب أن يحضر النطق بالحكم جميع القضاة الذين اشتركوا فى المداولة وكون رأيهم الحكم والا كان الحكم باطلا (٢) . فحضـورهم يعنى الاصرار على الرأى الذى أبدى وعدم العدول عنه ، كما أن هذا الحضور يؤكد للجميع أن الحكم الذى ينطق به هو الذى يعبر عن فكر

---

(١) موريل : بند ٥٥٨ ص ٣٩ . فنسان ٥٣٨ ص ٧١٣ .

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض مدنى ١٣ ـ ١١٥٠ ـ ١٨٢ .

المحكمة . فاذا قام مانع قهري يمنع أحد القضاة من الحضور ، فيجب التفرقة بين مجرد المانع المادي ، كالمرض أو السفر ، فهذا المانع لا يحول دون النطق بالحكم بشرط أن يكون هذا القاضي قد قام بالتوقيع على مسودة الحكم (١) الذي انتهى اليه الرأي عند المداولة (١٧٠) ، وبين المانع الذي يرجع الى فقد القاضي لصفته ، كوفاته أو عزله أو نقله(٢) أو استقالته ، فهذا يمنع من النطق بالحكم ولو وقع القاضي على مسودته ، اذ يعتبر الحكم — لو نطق به — صادرا ممن ليس له ولاية اصداره ، ويجب عندئذ فتح باب المرافعة واعادة الاجراءات في القضية من جديد أمام الهيئة الجديدة .

ولأنه قد يتعذر معرفة المانع من حضور القاضي الذي اشترك في المداولة وقت النطق بالحكم ، فيكفي أن يبين في الحكم وجود مانع من حضور هذا القاضي دون حاجة للافصاح عن ماهية هذا المانع . فاذا حدث ، ولم يفصح الحكم عن ماهية المانع من حضور القاضي ، فالأصل أنه مجرد مانع مادي ، مالم يثبت أن المانع — على العكس — مبناه زوال صفة القاضي أو انتفاء ولايته (٣) ، (٤) .

---

(١) وبشرط اثبات وجود هذا المانع وحصول التوقيع وحلول قاض آخر عند النطق ، في ورقة الحكم . والا كان الحكم باطلا (نقض مدني ١٠ ديسمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٥٠١ — ١٢٨) . على أن هذا البطلان يقبل التصحيح بحجية الأمر المقضى ، فلا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانه (نقض مدني ١٢ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٧٦ — ١٨٧) .

(٢) على انه يلاحظ ان نقل القاضي او ندبه لمحكمة اخرى داخل دائرة اختصاص محكمته الاصلية (في القضية نقل من محكمة استئناف المنصورة الى محكمة بور سعيد وهي تابعة للاولى بقرار من الجمعية العمومية لمحكمة استئناف المنصورة) لا يحول دون اشتراكه في النطق بالاحكام الصادرة في الدعاوى التي سمع فيها المرافعة لعدم انقطاع صلته بمحكمته الاصلية واستمرار احتفاظه بصفته (نقض مدني ٢٢ يناير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ١٤٩ — ٢٦) كما يلاحظ ان صدور قرار جمهوري بنقل القاضي الى محكمة اخرى لا يزيل عنه ولاية القضاء في المحكمة المنقول منها الا اذا أبلغ اليه القرار الجمهوري بصفة رسمية من وزير العدل (نقض مدني ١٠ نوفمبر ١٩٧٠ في الطعن رقم ١٩٢ سنة ٣٦ ق) .

(٣) انظر : نقض مدني ٢٦ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٦٨٧ — ١٣٥ .

=

وللمحكمة أن تنطق بالحكم في الجلسة عقب انتهاء المرافعات ، ولها أن احتاجت الى بعض الوقت لتكوين رأيها أن تؤجل النطق بالحكم الى جلسة أخرى تحددها (مادة ١٧١) . والاصل أن على المحكمة أن تنطق بالحكم في هذه الجلسة ، فليس لها تأجيله مرة أخرى الا لأسباب تقتضيه وعليها بيان هذه الأسباب مع بيان تاريخ الجلسة الجديدة في كل من ورقة الجلسة ومحضرها (١) (مادة ١٧٢) . وللمحكمة ـ وفقا لنفس المادة ـ تأجيل النطق بالحكم مرة ثالثة وأخيرة . وذلك أيضا بشرط بيان الاسباب وفقا لما تقدم . على أنه يلاحظ أن سلطة التأجيل هي من اطلاقات المحكمة ، فلا معقب على حكمها اذا رفضت طلبا به (٢) . كما يلاحظ أن ماتنص عليه المادة ١٧٢ هي مجرد قواعد تنظيمية فلا يترتب على مخالفتها بمد أجل النطق بالحكم أكثر من ثلاث مرات أى بطلان أو

---

(٤) وقد حكم أنه اذا قام مانع مادى لدى القاضى الذى اشترك فى المداولة يمنعه من حضور تلاوة الحكم ، فانه يمكن أن يحل محله قاض آخر ولو لم تكن لديه ولاية الفصل فى الدعوى التى ينطق فيها بالحكم . ولهذا يجوز أن يحل قاض غير مسلم فى قضية تتعلق بالاحوال الشخصية نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٤٢٦ ـ ٢٧٠ . وقد جاء فيه : « القضاء على المسلم المحظور توليه على غير المسلم هو القضاء الذى تتمكن به ولاية غير المسلم لانتفاء هذه الولاية شرعا ولهذا يقتصر الحظر على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة لإن هذا الفصل هو مناط تمكن الولاية . ومن ثم يخرج من نطاق الحظر مجرد اشتراك القاضى غير المسلم فى الهيئة التى نطقت بالحكم بدلا من زميل له شارك فى الفصل فى الخصومة وعرض له مانع من حضور تلاوة الحكم . ذلك ان الاقتصار على المشاركة فى تلاوة الحكم لا يعدو كونه عملا اجرائيا بحت يحكمه قانون المرافعات .. » . وهو حكم ـ تقديرنا ـ محل نظر .

(١) ولا يترتب البطلان على خلو ايهما من توقيع القاضى (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٧ مجموعة النقض ١٨ ـ ٤٧ ـ ١٠) كما لا يلزم اعلان قرار المحكمة بمد اجل النطق بالحكم الى الخصوم . (نقض مدنى ٣ مارس ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٢٤٤ ـ ٣٨) .

(٢) نقض مدنى ٣ يوليو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ١١١٨ ـ ١٧٢ .

سقوط (١) • ومن ناحية أخرى ، فان للمحكمة بعد تأجيل النطق بالحكم أكثر من مرة أن تعيد فتح باب المرافعة من جديد ، وفقا لما سبق بيانه (٢) •

٣٣٧ - (ب) كتابة الحكم : تعتبر الكتابة عنصرا شكليا فى الحكم فالقانون لا يعترف بحكم غير مكتوب (٣) • وكأى عمل اجرائى يجب أن تكون الكتابة باللغة العربية • ويوجب القانون أن تكتب من الحكم مسودة ونسخة أصلية •

(ا) مسودة الحكم : تكتب عقب انتهاء المداولة قبل النطق بالحكم ويجب أن تشتمل على منطوق الحكم وأسبابه وتوقيع كل من رئيس الدائرة وجميع أعضائها الذين أصدروا الحكم (٤) • ويكفى أن ترد توقيعاتهم فى نهاية المسودة ، فلا يشترط تعدد التوقيعات بتعدد أوراق المسودة (٥) • ولا يشترط أن تتوج المسودة باسم الشعب • فان صدور الحكم باسم الشعب قاصر على نسخة الحكم الاصلية (٦) • ويجب أن

---

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ١١٤٠ - ١٩٧ . و ١٠ ابريل ١٩٣٦ - مجموعة النقض ١٤ - ٥٠٤ - ٧١ .. على انه ليس معنى هذا انه يجوز للمحكمة أن تعجل بالنطق بالحكم قبل الجلسة المحددة له . فهذا التعجيل غير جائز الا بشرطين : ١ - أن يكون النطق بالحكم قد حدث بعد انقضاء الميعاد المحدد للخصوم لايداع مذكراتهم بالدفاع .٢ - أن يكون الحكم من تلك الاحكام التى يبدأ ميعاد الطعن فيها من اعلانها وليس من تاريخ صدورها . فاذا عجل بالحكم دون توافر هذين الشرطين ، كان فى التعجيل اخلال بحق الدفاع . (قارن : نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٦٤ - مجموعة النقض ١٥ -٨٦ -١٧ . نقض مدنى ١٠ ابريل ١٩٥٣ - مشار اليه) . .

(٢) ما سبق بند ٢٨٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة النقض ١٩ - ٣٢٨ - ٥٢ .

(٤) ولا يغنى عن هذا التوقيع توقيعهم على الورقة المتضمنة منطوق الحكم وحده ، متى كانت هذه الورقة منفصلة عن الاوراق المشتملة على أسبابه (نقض مدنى ٧ - ٦ - ١٩٨١ فى الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٤٠ ق .) .

(٥) نقض مدنى ٧ يناير ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ١٢٤ -٣٣ . و٢٨ ديسمبر ١٩٧١ - مجموعة النقض ٢٢ - ١١١٥ -١٨٩ و ١١ مايو ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣ - ٨٧٢ - ١٣٧ . مادامت الورقة الاخيرة التى وقعوا عليها قد اشتملت على جزء من الاسباب اتصل بها منطوق الحكم (نقض مدنى ١٩٨١/٦/٧ فى الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٠ ق) .

(٦) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٨ - مشار اليه .

تودع مسودة الحكم فى ملف القضية عند النطق بالحكم ، سواء صدر الحكم فى جلسة المرافعة أو فى جلسة لاحقة ، فبهذا وحده يتأكد أن القضاة قد تداولوا وتدبروا أسباب الحكم المؤدية الى منطوقه قبل النطق به ، فلم يرد النطق به عفو الخاطر دون تفكير (١) فاذا لم تودع المسودة مشتملة على المنطوق والاسباب وتوقيعات رئيس الدائرة وأعضائها عند النطق بالحكم ، كان الحكم باطلا (٢) . ويكون المتسبب فى هذا البطلان ملتزما قبل ذى المصلحة من الخصوم بالتعويض (مادة ١٧٦) .

ومن المقرر أنه ليس لأحد ولو كان خصما أخذ صورة من هذه المسودة . على أن لأى من الخصوم — الى حين كتابة نسخة الحكم الأصلية — الاطلاع عليها (مادة ١٧٧) .

٣٣٨ — (ب) نسخة الحكم الاصلية : هى أصل ورقة الحكم . فهى ليست مجرد نسخة وان سميت كذلك . ويحررها كاتب الجلسة ويوقع عليها رئيس الدائرة وتحفظ بملف الدعوى . وتكون المرجع فى أخذ الصور المختلفة من الحكم بما فيها الصور التنفيذية . ولأن الحكم تترتب عليه آثار هامة تتعلق بمنح الحماية القضائية فقد أوجب القانون أن تتضمن ورقة الحكم بيانات معينة هى (مادة ١٧٨ معدلة بقانون ١٣ لسنة١٩٧٣). ١٩٧٣) .

١ — صدور الحكم باسم الشعب : (مادة ٧٢ من الدستور المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٧١) فالشعب هو مصدر السلطات ومنها السلطة القضائية . فاذا لم يشتمل الحكم على هذا البيان أو ورد معيبا فلا يبطل

---

(١) رمزى سيف : بند ٥٣٥ ص ٦٨٠ — ٦٨١ .

(٢) نقض مدنى ٧ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨١٣ — ١٣٤ . على انه لا بطلان اذا أودعت المسودة الملف عند صدور الحكم ثم تبين فى تاريخ لاحق عدم وجودها . (نفس الحكم) .

الحكم ، اذ لا شك ـ دون بيان ـ أن الحكم مادام قد صدر من محكمة مشكلة وفقا للقانون قد صدر باسم الشعب (١) ٠

٢ ـ بيان المحكمة التى أصدرت الحكم : والمقصود بيان اسم المحكمة للتأكد من أن الحكم قد صدر من محكمة مختصة ، ولا يهم بيان المكان الذى تقع به المحكمة بعد بيان المحكمة فعدم بيان مكان المحكمة لا يترتب عليه بطلان الحكم (٢) ٠

٣ ـ تاريخ الحكم : والمقصود تاريخ النطق به ٠ وذلك لمعرفة بدء ميعاد الطعن فى الأحكام ٠ ولتحديد الوقت الذى تسرى فيه حجية الأمر المقضى ٠ على أنه يلاحظ أن وجود خطأ مادى فى هذا التاريخ ، أو اغفال الحكم له لا يؤدى الى بطلان الحكم اذا كان التاريخ قد ثبت فى محضر الجلسة التى صدر فيها الحكم ٠ ذلك أن الأصل فى ثبوت تاريخ اصدار الحكم هو محضر الجلسة (٣) ٠

٤ ـ بيان ما اذا كان الحكم صادرا فى مادة تجارية أو مادة مستعجلة : وذلك لأن الحكم الصادر فى مادة من هذه يكون نافذا معجلا بقوة القانون ، فيجب أن يتضح هذا من ورقة الحكم ٠ فاذا كان الحكم صادرا

---

(١) كانت محكمة النقض المصرية تجرى على بطلان الحكم لخلوه من هذا البيان (نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٥٦ ـ مجموعة النقض ٧ ـ ٨١١ ـ ١١٥) . وكان هذا الاتجاه محل نظر ويخالف ما استقر عليه كل من الفقه والقضاء فى إيطاليا (بالرمو : تكوين الحكم بند ٥٢ ص ١٧١) . ولهذا حسنا فعلت محكمة النقض اذ قضت الهيئتان العامتان بها بأن البطلان لا يترتب على تخلف هذا البيان . (فى الطعن رقم ١٠١٥ سنة ٤ قضائية بجلسة ٢١ يناير ١٩٧٤) . كما انه لا يبطل الحكم خلو محضر الجلسة مما يفيد صدور الحكم باسم الشعب (نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٨٥٩ ـ ١٣٩) .

(٢) نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٨٥٩ ـ ١٣٩ ـ و ٢٤ يونيو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ١٠٤٣ ـ ١٦٢ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٧ ـ فى الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٤٥ ق . و ١٧ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٢٥٥ ـ ٤٥ . وفى حكم حديث لمحكمة النقض ان اغفال تاريخ اصدار الحكم لا يؤدى الى بطلانه لان المادة ١٧٨ لم ترتب البطلان جزاء لهذا الاغفال (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٧ ق .) . وهو تعليل محل نظر .

فى مادة مدنية ، فلا يلزم بيان هذا فى الحكم (١) .

٥ — أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى الحكم وحضروا تلاوته : وذلك للتأكد من أن الحكم قد صدر من قضاة صالحين لاصداره ، وأن القضاة الذين سمعوا المرافعات هم الذين تداولوا لاصداره وحضروا النطق به . وتنص المادة ٣/١٧٨ صراحة على البطلان جزاء لعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم (٢) . ويكفى ذكر أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم وذلك فى صدر الحكم دون حاجة لاعادتها مرة أخرى فى خاتمته (٣) .

٦ — اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية ان كانت النيابة قد تدخلت فى الخصومة ، ورأى النيابة العامة . وقد كانت المادة ٢/٣٤٩ من مجموعة ١٩٤٩ تنص صراحة على البطلان جزاء بيان اسم عضو النيابة ، وجرى قضاء النقض على الحكم به (٤) ولكن مجموعة ١٩٦٨ لم تشأ أن تنص على هذا البطلان « لأن ذكر اسمه ليس بيانا أساسيا ما دامت النيابة قد أبدت بالفعل رأيها فى مذكراتها وثبت ذلك فى الحكم (٥) » . ومن ناحية أخرى ، لم ينص القانون على البطلان جزاء لخلو الحكم من بيان رأى النيابة ، وقد حكم بأن هذا النقص لا يترتب عليه البطلان (٦) .

---

(١) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٢٤ — ١٣٧ .

(٢) نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٥٩ — ١٤٩ . على ان هذا البطلان مقصور على الخطأ فى اسماء القضاة الذين فصلوا فى الدعوى دون الذين حضروا النطق به . نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤٣ ق .

(٣) نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٢٣ — ١٧ .

(٤) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٨٠ — ١١ .

(٥) المذكرة الايضاحية لمشروع مجموعة ١٩٦٨ . وجرى على ذلك قضاء النقض (نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٧٣ — المحاماة ٥٨ — ٤١ — ٢٨ و٦ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٠٦ — ٥٠) .

(٦) نقض مدنى ١٤ ديسمبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٩٠٠ — ٢٧٥ و ١٩ أبريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧٣٠ — ١١٥ .

٧ ـ أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم • وفقا للمادة ١٧٨/٢ يترتب على النقص أو الخطأ الجسيم فى أسماء الخصوم وصفاتهم بطلان الحكم (١) • والمقصود بالنقص أو الخطأ الجسيم ذلك الذى يشكك فى تعيين الخصم أو فى تحديد صفته فى الخصومة (٢) • ومن باب أولى ، يكون الحكم باطلا اذا أغفل اسم الخصم فى الحكم (٣) • أما اذا ذكر ما يفيد فى تعيين الخصم بحيث لا يكون النقص أو الخطأ من شأنه التشكيك فى حقيقة الخصم أو اتصاله بالخصومة ، فلا يكون الحكم باطلا ولو لم يذكر اسمه كاملا (٤) • أو لم تحدد حقيقته بدقة (٥) • أما موطن الخصوم أو ذكر حضورهم أو غيابهم ، فلم ينص القانون على البطلان جزاء لها • وقد حكم بأن اغفال ذكر موطن أحد الخصوم لا يترتب عليه بطلان الحكم (٦) ، كما لا يترتب البطلان على اغفال الحكم اثبات حضور الخصوم (٧) •

---

(١) وينطبق النص على الخصم بالمعنى القانونى الصحيح ، ولا يعتبر كذلك من يختصم لصدور الحكم فى مواجهته دون ان يوجه طلبا او يوجه اليه طلب (نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٤ ق) .

(٢) نقض مدنى ٦ ديسمبر ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٧٧٥ ـ ٢٥٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ٨٣٠ ـ ١٢١ ويكون الحكم باطلا ايضا اذا حدد الخصوم بانهم ورثة فلان دون بيان اسمائهم (نقض مدنى ١٨ يناير ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ـ ١٩ ـ ١٣٠ ـ ٢٧) .على ان الحكم يكون صحيحا ولو اغفل اسم الخصم ، اذا كان الحكم قد احال الى اسباب الحكم الابتدائى المطعون فيه ، وكان هذا الاخير قد بين فى اسبابه اسم الخصم ، مما يؤدى الى عدم التشكيك فى شخصه . (نقض مدنى ٤ فبراير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٤٣ لسنة ٤٩ ق) .

(٤) موريل : بند ٥٦٦ ص ٤٤٥ . او ذكر اسم الخصم المتوفى بعداختصام ورثته (نقض ١٩٨١/١١/١٩ فى الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٤٧ ق .) أو ذكر اسم الخصم الذى توفى اثناء نظر الدعوى فى ديباجة الحكم دون ذكر اسم ورثته الذين عجلت الدعوى قبلهم ما دام لا يؤدى هذا الى التشكيك فى حقيقتهم من حيث اتصالهم بالخصومة (نقض ايجارات ٢٢ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٤٦ ق .) .

(٥) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٨٧٦ ـ ١٣٨ .

(٦) نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ١٠٠٢ ـ ١٥٨ .

(٧) نقض احوال شخصية ١٩٨٢/١٢/٢١ فى الطعن رقم ١٥ لسنة ٥٢ق. نقض مدنى ١٠ يناير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١٣٩ ـ ٢٥ .

٨ — عرض مجمل لوقائع الدعوى : وقد كانت المـادة ١٧٨ — عند صدورها سنة ١٩٦٨ — تتطلب بيان « مراحل الدعوى » وكان المقصود بذلك وقائع الدعوى على نحو تفصيلى يبين الخطوات والمراحل التى قطعها النزاع أمام المحكمة . وكان هذا البيان يرهق كاهل القضاة لما يستغرقه من وقت وجهد ، ويغنى عنه ما سجلته محاضر الجلسات ، ولهذا صدر القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ معدلا لهذا النص مكتفيا ببيان عرض مجمل للوقائع(١) . فيكفى أن يذكر فى الحكم بايجاز ما يكون ذكره من الوقائع ضروريا للفصل فى الدعوى لتعلقه بسير الخصومة فيها ، وباعتباره حلقة من حلقاتها قام بين الخصوم نزاع بشأنه (٢) . فان لم يشتمل الحكم على هـذه الوقائع الضرورية فقد جرى قضاء النقض — رغم عـدم النص — على الحكـم بالبطـلان (٣) .

٩ — طلبات الخصوم ، وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهرى : وبهذه الصياغة التى أخذ بها المشرع فى تعديله للمادة ١٧٨ سنة ١٩٧٣ لم يعد يلزم اشتمال الحكم على بيان كل ما قدمه الخصـوم من دفاع أو على بيان خلاصة ما استندوا اليه من الادلة الواقعية والحجج القانونية كما كانت تنص المادة ١٧٨ قبل تعديلها . وهدف التعديل هنا أيضا هو التخفيف عن كاهل القضاة عند كتابة الأحكام . وقد سارت محكمة النقض قبل التعديل فى نفس الاتجاه (٤) . والهدف من بيان طلبات الخصوم هو معرفة نطاق سلطة المحكمة . أما بيان دفوع الخصوم ودفاعهم الجوهرى فالهدف منه مراقبة بيان المحكمة لأسبابها ، اذ المحكمة ملزمة ببحث دفوع

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ المعدل للمادة ١٧٨ .

(٢) نقض أحوال شخصية ٧ مارس ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ ق .

(٣) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٥٧ — ١٠٢ . واول يناير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٠٦ — ٣٠ و ١٢ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٥٩ — ١٣٩ . و ٦ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٠٦ — ٥٠ .

(٤) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٥١ — ٢١

الخصوم ودفاعهم الجوهرى (١) . ولهذا فان اغفال هذا البيان — رغم عدم النص — يؤدى الى البطلان (٢) . والمقصود بالدفاع الجوهرى الدفاع الذى يؤثر فى النتيجة التى انتهى اليها الحكم بحيث أن المحكمة لو كانت قد بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة (٣) .

١٠ — أسباب الحكم ومنطوقه ، كما وردا فى مسودة الحكم . وسنتناول دراسة أسباب الحكم — لأهميتها — بالتفصيل فيما بعد . أما المنطوق فهو قرار المحكمة بالنسبة للطلبات المعروضة عليها . ويجب على المحكمة أن تفصل فى كل ما يقدم لها من طلبات ، وألا تقضى بأكثر من المطلوب . ولا يعيب المنطوق عدم وصفه بأنه حضورى أو غيابى ، لهذا الوصف لا يستمد مما جاء فى الحكم ولكن من حقيقة الواقع كما تكشفه أوراق الدعوى (٤) . ولكن يعيب المنطوق وجود تناقض به بحيث لا يعرف المنطوق الحقيقى ، أو وجود تناقض بين أجزائه بحيث لا تستقيم معا(٥). على أنه يلاحظ أن منطوق الحكم يمكن أن يرد فى أسبابه المتصلة به اتصالا وثيقا ، ولهذا فان تناقض المنطوق يمكن أن يرفعه ما جاء فى هذه الأسباب المكملة له (٦) . واذا خلا الحكم من أى منطوق ، أو كان المنطوق متناقضا بطل الحكم اذ لا يمكن أن يحقق وظيفته .

(١) ويلاحظ انه يجب بيان جميع الدفوع اما اوجه الدفاع فيكفى بيان الجوهرى منها (نقض ايجارات ١٩٨٤/١١/٢٦ فى الطعن رقم ٨٥ لسنة ٥٤ ق .) .

(٢) نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٦٧ — مشار اليه . نقض مدنى ٤ مارس ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤٦ ق . (ويلاحظ ان هذا الحكم قد قضى بالبطلان على اساس انه منصوص عليه فى المادة ١٧٨ اعتبارا بأن هذا البيان هو من أسباب الحكم الواقعية . وهو اعتبار محل نظر ، فالمشرع بعد تطلب هذا البيان فى المادة ١/١٧٨ ، اضاف « ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم » فهذا البيان ليس جزءا من اسباب الحكم التى رتب المشرع فى المادة ٢/١٧٨ صراحة على القصور فيها البطلان) .

(٣) نقض تجارى ١٩٨١/١٢/٢٨ فى الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٢ ق . ونقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٣٤٨ — ٤ .

(٤) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧١٩ — ١٢٩ .

(٥) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض — ١٩ — ١٠٤٥ — ١٥٦ .

(٦) نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٥٨٢ — ٢٤١ .

١١ — توقيع رئيس الجلسة وكاتبها : فلم يتطلب القانون توقيع جميع القضاة الذين أصدروا الحكم ، بل يكفى عند تعددهم توقيع رئيس الدائرة التى أصدرته • ويبدو أن المشرع المصرى اكتفى بتوقيع باقى القضاة على مسودة الحكم • فاذا لم يوقع الرئيس على الحكم كان الحكم باطلا (١) ، وعلى العكس فان عدم توقيع كاتب الجلسة لا يترتب عليه بطلان (٢) اذ الحكم كعمل اجرائى ليس عمل الكاتب •

ويلاحظ بالنسبة لبيانات نسخة الحكم الاصلية ما يأتى :

(أ) أنه تطبيقا للقاعدة العامة بالنسبة لشكل العمل الاجرائى ، لا يلزم أن ترد هذه البيانات بالترتيب الذى نصت عليه المادة ١٧٨ • فلا يبطل الحكم لمجرد مخالفة هذا الترتيب (٣) •

(ب) أن الحكم باعتباره عملا اجرائيا لا يبطل لخلوه من بيان — مهما بدت أهميته — لم يتطلبه القانون • ذلك أن بطلان أى عمل اجرائى لعيب شكلى يفترض نقص أو خطأ مقتضى شكلى تطلبه القانون • ولهذا لا يبطل الحكم بسبب عدم اشتماله على بيان رقم الدعوى التى صدر فيها (٤) ، أو على بيان اسم كاتب الجلسة (٥) أو على بيان أن الحكم قد صدر بعد

---

(١) فاذا قام مانع لدى رئيس الدائرة — سواء كان هذا المانع يزيل صفته ام لا — بعد التوقيع على مسودة الحكم والنطق به يمنعه من تحرير النسخة الاصلية او التوقيع عليها ، لم يؤثر هذا فى صحة الحكم . ويجب على احد اعضاء الدائرة ان يقوم بمهمة كتابة نسخة الحكم الاصلية والتوقيع عليها . فاذا كان الحكم صادرا من قاض فرد ، قام بهذه المهمة رئيس المحكمة الكلية أو رئيس محكمة الاستئناف حسب الاحوال . ذلك أن الحكم يعتبر انه قد صدر بمجرد النطق به ، ولا يعدو كتابة نسخة الحكم الأصلية الا مجرد توثيق له . ويكون الأمر كذلك سواء كتب رئيس الدائرة أو القاضى نسخة الحكم الاصلية ولم يوقع عليها أو قام المانع قبل كتابة هذه النسخة . ولا محل للقياس على المادة ٣١ من قانون الاجراءات الجنائية التى تورد حكما خاصا .

(٢) نقض مدنى ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٢٧٨ — ٢٠١ .

(٣) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٧٩٧ — ١٠٧ .

(٤) نقض مدنى ١٦ نوفمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض ١٦ — ١٠١٦ — ١٦٦ .

(٥) نقض مدنى أول مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٢٢ — ٧٩ .

المداولة (١) . أو لخطئه فى بيان اسم وكيل الخصم ، أو اختلاف هذا الاسم فى محضر الجلسة عنه فى الحكم (٢) . فكل هذه البيانات لم تنص عليها المادة ١٧٨ ضمن بيانات الحكم .

(جـ) أن ورقة الحكم يجب أن تستكمل بذاتها كل عناصرها الشكلية ، فلا يجوز تكملة ما فيها من نقص بأى طريق من طرق الاثبات ، كما لايجوز تصحيحها بناء على ورقة أجنبية عن الدعوى التى صدر فيها (٣) . على أنه يمكن للمحكمة أن تحيل بالنسبة لوقائع الدعوى ودفاع الخصوم ودفوعهم الى حكم سابق صادر فى ذات الخصومة بين نفس الخصوم(٤). كما أن مجرد الخطأ المادى لا يؤدى الى بطلان الحكم (٥) .

(د) أنه وان كانت المادة ١٧٨/٢ قد نصت على البطلان جزاء لتخلف بعض البيانات دون البعض الاخر فليس معنى هذا وجوب الحكم بالبطلان المنصوص عليه ، أو وجوب عدم الحكم بالبطلان بالنسبة لما لم ينص القانون على البطلان جزاء له (٦) اذ يخضع الامر لما تنص عليه المادة ٢٠ مرافعات من قواعد .

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٦٦ مجموعة ١٧ ـ ٧٠٨ — ٩٧ .

(٢) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٨٧ — ٣٢ .

(٣) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤٦ ق . و٢٤ ابريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٨٣ — ١٢١ .

(٤) نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ١٠٤٣ — ١٦٢ .

(٥) نقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٨١ — ١٢٠ (كان الخطأ هو نسبة رقم استئناف الطاعنة الى استئناف المطعون عليه فى ديباجة الحكم) . و ٧ ديسمبر ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٤٥ ق . (كان الخطأ فى تاريخ صدور الحكم) .

(٦) عكس هذا : نقض مدنى ١٩ يونيو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ١٠٠٢ — ١٤٨ . وقد جاء به ان البيانات التى لم تنص المادة ١٧٨/٢ على البطلان جزاء لها لا يترتب على اغفالها بطلان الحكم . وايضا نقض عمال ٣ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٧ ق . وجاء فيه ان اغفال اثبات تاريخ الحكم لا يترتب عليه بطلان لان المادة ١٧٨ لم تنص على البطلان جزاء لاغفاله . وقد اضطرت محكمة النقض اتساقا مع مذهبها هذا الى القول بان البطلان جزاء على عدم اشتمال الحكم على طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهرى هو بطلان منصوص عليه فى المادة ١٧٨/٢ التى تقضى بالبطلان للقصور فى أسباب الحكم الواقعية اعتبارا =

(هـ) أنه اذا ورد العيب فى حكم محكمة أول درجة ، وطعن فى هذا الحكم بالاستئناف ، فان المحكمة الاستئنافية تعيد نظر القضية بصرف النظر عما شاب هذا الحكم من عيوب . فان أصدرت فيها حكما فالعبرة بهذا الحكم دون حكم أول درجة . ولهذا لايجوز بعد صدور حكم ثانى درجة التمسك بعيب — أيا كان — ورد فى حكم أول درجة (١) .

وبعد كتابة نسخة الحكم الاصلية ، يجب حفظها فى ملف القضية وذلك خلال أربع وعشرين ساعة من ايداع المسودة بالنسبة للقضايا المستعجلة وسبعة أيام فى القضايا الأخرى . ولا يترتب على عدم احترام هذا الميعاد بطلان الحكم ، ولكن يكون المتسبب فى مخالفته سواء كان رئيس الجلسة أو كاتبها ملزما بالتعويض اذا سبب هذا التأخير ضررا للخصم (مادة ١٧٩) .

وعلى خلاف مسودة الحكم ، فان نسخته الأصلية يمكن أن تعطى منها صور . وصور الاحكام نوعان :

(أ) صورة بسيطة : وهذه تعطى لمن يطلبها ولو لم يكن طرفا فى الخصومة ، وذلك بعد دفع الرسم المقرر .

(ب) صورة تنفيذية يجرى بموجبها تنفيذ الحكم : وهى تعطى فقط للخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم اذا كان الحكم سندا

=

بأن ذلك البيان يعتبر جزءا من أسباب الحكم . (نقض مدنى ٤ مارس ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٤٦ ق .) . وهو تعليل محل نظر اذ المادة ١/١٧٨ بعد أن أشارت الى ذلك البيان أضافت « ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم » مما مفاده أن ذلك ليس جزءا من أسباب الحكم . واتجاه محكمة النقض فى عدم الحكم بالبطلان غير المنصوص عليه اتجاه محل نظر ، لمخالفته للمادة ٢٠ مرافعات التى تعرف بطلانا بغير نص وهو أيضا مخالف لما ذهبت اليه محكمة النقض نفسها من الحكم بالبطلان لمخالفة غير ما أشارت اليه المادة ٢/١٧٨ من بيانات (كتوقيع رئيس الجلسة على الحكم) .

(١) نقض أحوال شخصية ٢٩ ديسمبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ١١٣٦ — ١٩٢ . ونقض مدنى ٥ مايو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٥٥٧ — ٩١ . وينطبق هذا أيضا على أسباب الحكم الابتدائى المعيبة ما دام حكم ثان درجة لم يحل اليها (نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٨٨٣ — ١٣٩) .

تنفيذيا (المواد ١٨٠ وما بعدها) (١) •

٣٣٩ - تسبيب الحكم : وفقا للمادة ١٧٦ « يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها والا كانت باطلة » • ووجوب بيان الأسباب التى استند اليها الحكم من القواعد الأساسية التى تحرص عليها التشريعات المختلفة • ويرمى تسبيب الحكم الى تحقيق عدة أهداف (٢)• فهو يدفع القضاة الى التروى فى الحكم قبل اصداره ، ويقدم للخصوم برهانا على عدالة الحكم مما يؤدى بهم الى احترامه عن اقتناع بعدالته • ويمكن الفقه من القيام ببحث علمى لاتجاهات القضاء ، وهو أخيرا يتيح لمحكمة النقض مراقبة سلامة الحكم •

والواقع أن أى تطبيق للقانون يفترض تفكيرا منطقيا أدى اليه • وبالتالى فان كل حكم يفترض أسبابا له • ولهذا فان الخلو من الاسباب لا يمنع من قيام الحكم بوظيفته ولا يحول - لذلك - دون حيازة الحكم حجية الامر المقضى • وبالتالى لا يعتبر سببا لرفع دعوى أصلية ببطلان الحكم • ومن ناحية أخرى من المقرر أن بعض الأحكام لا تقتضى بطبيعتها ذكر أسبابها لأن الحكم نفسه يفصح عن سببه دون حاجة لذكره • من هذه الحكم باجراء تحقيق أو أى اجراء من اجراءات الاثبات (مادة ٥ اثبات) فمن الواضح أن سببه هو الحاجة الى هذا الاجراء لأن المحكمة لم تجد فى أوراق الدعوى ووقائعها ما يكفى لتكوين عقيدتها (٣) ، أو الحكم بالزام الخصم الخاسر بمصاريف الخصومة فسببه هو خسارة القضية ، أو الحكم برفض دعوى الضمان بعد رفض الدعوى الاصلية فسببه هو هذا الرفض (٤) • كذلك ، فان من المقرر أنه لا حاجة لتسبيب الحكم اذا كان مضمونه يدخل فى السلطة التقديرية الكاملة للقاضى كما هو الحال بالنسبة للحكم برفض منح مهلة للمدين (٥) •

---

(١) بالتفصيل : التنفيذ الجبرى - للمؤلف - بند ٦٠ وما بعدها .
(٢) فنسان : بند ٥٤٧ ص ٧٢٠ . ليبمان : جزء أول بند ١٠٦ ص ٢٠١ .
(٣) نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ١٣١٤ - ١٨١ .
(٤) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ٣٨٤ - ٤٩ .
(٥) موريل : بند ٥٥٩ مكرر ص ٤٤٠ .

وحيث يجب تسبيب الحكم ، فان هذا التسبيب يخضع للقواعد الآتية :

١ — يجب ان ترد الاسباب فى ورقة الحكم : لأن القاعدة أن العمل القانونى يجب أن يحمل بنفسه دليل صحته فان الأسباب يجب أن ترد فى ذات ورقة الحكم ، فلا يجوز أن يشير الحكم الى أسباب واردة فى أحكام أخرى .

على أن العمل يجرى على جواز مثل هذه الاحالة اذا كان الحكم صادرا فى نفس القضية بين نفس الخصوم (١) . ولهذا من المقرر أنه يمكن للمحكمة الاستئنافية أن تؤيد حكم محكمة أول درجة « لأسبابه » دون اضافة (٢) . أو أن تحيل الى بعض أسبابه (٣) . وعندئذ تعتبر أسباب حكم أول درجة مكملة لأسباب حكم الاستئناف (٤) . على أنه وان جاز تسبيب الحكم بالاحالة الى حكم آخر سبق صدوره بين نفس الخصوم فانه يشترط أن يكون الحكم المحال اليه قد أودع ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها (٥) ، وأن يكون هذا الحكم صحيحا لم يشبه بطلان (٦) ،

---

(١) على انه لا يوجد ما يمنع من أن تستند المحكمة فى حكمها الى ما قضى به فى قضية اخرى لم تكن بين نفس الخصوم متى كان ذلك لمجرد تدعيم الادلة التى أوردتها وعولت عليها فى حكمها (نقض مدنى ٣ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٢٤٤ — ٣٨ . و ٢٥ أكتوبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٧٧٨ لسنة ٥٠ ق .) . كما يمكن للمحكمة أن تستند فى قضائها الى أوراق دعوى اخرى بين نفس الخصوم ولو اختلف موضوعها عن النزاع المطروح عليها بشرط أن تكون قد ضمت لملف النزاع واصبحت تحت بصر الخصوم كعنصر من عناصر الاثبات يناضلون فى دلالته . (نقض ١٧ ١٩٨١/١١ فى الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) نقض مدنى ٢٧ ابريل ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٨٨٩ — ١٣٦ . وذلك دون حاجة الى ذكر ماورد فيه من أسباب (نقض ١٩٨١/١/٢٦ فى النقضين رقمى ٤٢٤ و ٤٢٦ لسنة ٤٣ ق) .

(٣) نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٣٤٣ — ٨٤ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٠ ق .

(٥) نقض مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٦٠ — ١٩٥ . و ٥ فبراير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٨٦ — ٣٢ .

(٦) نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٠٦٠ — ١٨٤ . و ١٨ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٣٦١ — ٥٧ .

وألا يكون قد ألغى بطريق من طرق الطعن (١) وأن تكون اسباب الحكم المحال اليها غير معيبة والا امتد العيب الى الحكم المحيل اليها • كما يجب عند الاحالة على أسباب حكم أول درجة ألا تكون قد أبديت طلبات أو دفوع أمام المحكمة الاستئنافية ، اذ عندئذ يجب على هذه المحكمة أن تضيف الى الاحالة تسبيبا لرأيها بالنسبة لهذه الطلبات أو الدفوع (٢) •

ومن ناحية أخرى ، فانه يمكن للحكم أن يحيل فى أسبابه الى مايعتبر مكملا له من أوراق التحقيق • ولهذا حكم بأنه يجوز للحكم أن يحيل الى تقرير الخبير فى القضية بما يتضمنه من أسباب ، فيصبح هذا التقرير بالاحالة جزءا متمما للحكم (٣) •

٢ — يجب ان يستند الحكم الى ادلة الاثبات المقدمة من الخصوم فى القضية والا يخالف الثابت بهذه الادلة : فلا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه ، كما لا يجوز له أن يستند الى أدلة اثبات مقدمة من الخصوم فى قضية أخرى ، ويكون الأمر كذلك ولو كانت هذه القضية منظورة أمامه هى الأخرى وكانت بين الخصوم أنفسهم • فمثل هذه الأدلة لا يصح الاستناد اليها الا اذا ضمت لملف القضية التى يصدر فيها الحكم وأصبحت من عناصر الاثبات فيها بحيث يمكن أن يمتد اليها دفاعهم (٤) • ومن

---

(١) نقض ايجارات ١٩٨٤/١١/١٢ فى الطعنين ١٣٢٧ و ١٤٦٧ لسنة ٥٤ ق .

(٢) موريل : بند ٥٥٩ ص ٤٤٠ . فنسان : بند ٥٤٧ ص ٥٥٧ . ولمحكمة الاستئناف أن تضيف اليها اسبابا أخرى . وعندئذ يجب الا يوجد تناقض بين ما اضافته من أسباب واسباب حكم اول درجة . (نقض مدنى ١٥ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٣١٤ — ٤٨) .

(٣) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٤٦ ق . و ١٢ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٧ ق . ويجب لذلك أن يكون المحكوم عليه طرفا فى الخصومة وقت ندب الخبير وتقديم تقريره وذلك حتى لا يحاج بتقرير قدم فى خصومة لم يكن ممثلا فيها ليتمكن من ابداء دفاعه ومناقشة التقرير . (نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٨٠ لسنة ٤٥ ق) .

(٤) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٨ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ — عدد ٣ ص ٢٢٥ رقم ٣٠ . و ٢٤ مايو ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٣ ق .

ناحية أخرى ، فانه لا يجوز للقاضى مخالفة الثابت بموجب الادلة المقدمة فى القضيـــة (١) .

٣ ـ يجب ان تكون الاسباب كافيــه : لا يكفى أن يتضمن الحكم أسبابا ، بل يجب أن تكون هذه الأسباب كافية لحمله (٢) . والا كانت معيبة بالقصور . ولتحقيق كفاية الأسباب ، يتعين :

(أ) أن تبين المحكمة الوقائع التى يستند اليها الحكم والادلة التى أقنعتها بثبوتها . فلا يكفى أن تقرر ثبوت وجود الواقعة أو عدم وجودها دون أن تبين كيف ثبت لها ذلك بأدلة مما يصح قانونا الأخذ به (٣) .ولهافى سبيل هذا أن تشير الى مستندات مقدمة اليها من الخصوم مبينة فى مذكراتهم دون حاجة لذكر نصوصها فى الحكم (٤) . فاذا تعذر تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها وبنت عليه قضاءها فان الحكم يكون معيبا مما يبطله (٥) . ولهذا اذا استندت المحكمة الى عدة مصادر ، فيجب عليها أن تبين ماهية ما استمدته من كل مصدر (٦) فليس للمحكمة أن تقتصر فى أسبابها على الاشارة اجمالا الى مستندات الخصم دون بيان مؤداها ممـــا يتعذر معه تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها حتى يمكن الوقوف على أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه والتحقق من انه من الادلة التى يصح قانونا بناء الحكم عليها (٧) .

(٢) أن تكون الأدلة من شأنها أن تسوغ النتيجة التى انتهت اليها . فلا يكفى أن تكون الادلة التى تستند اليها المحكمة مما يجوز الاستناد

---

(١) نقض ضرائب ١٣ مايو ١٩٨٥ ـ فى الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٥١ ق .
(٢) موريل : بند ٥٥٩ ص ٤٣٩ ـ ٤٤٠ .
(٣) نقض مدنى ٢٩ يونيو ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ١٤٥٠ ـ ٢١٨ .
(٤) نقض مدنى ١٩٨١/١/٢٦ فى الطعنين رقمى ٤٢٤ و ٤٢٦ لسنة ٤٣ ق . و ١٩٧٩/١/٢٤ ـ فى الطعن رقم ١٠١٨ لسنة ٤٨ ق . و ١٥ فبراير ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١٦٨ ـ ٢٦ .
(٥) نقض ايجارات ٢٦ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٥٤ ق
(٦) نقض ايجارات ١٩٨٤/١١/١٩ فى الطعن ٨٤٦ لسنة ٥٣ ق .
(٧) نقض عمال ١٩٨١/١/١١ فى الطعن رقم ٥٢ لسنة ٥٠ ق .

اليه قانونا ، بل يجب أن يكون استدلال المحكمة بها مؤديا للنتيجة التى استخلصتها منها ، والا كان الحكم مشوبا بالفساد فى الاستدلال . فاستخلاص نتيجة معينة من دليل ما يخضع لعملية منطقية يقوم بها القاضى مستعملا ذكاءه ، واذا لم يقم القاضى بها كما هو شأن « القاضى المعتاد » فخالف تقديره المنطق العادى ، فان تقديره يعتبر غير سائغ (١) .

(٣) أن تبين المحكمة القاعدة القانونية التى تطبقها على وقائع القضية . ويلاحظ أن الفرض هو علم القاضى بالقانون ولهذا ليس على المحكمة أن تبين كيفية ثبوت القواعد القانونية التى تطبقها . كما أنه يكفى بيان القاعدة القانونية دون حاجة للاشارة الى النص التشريعى الذى يتضمن القاعدة . ومن ناحية أخرى فانه اذا طبقت المحكمة القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على وقائع القضية وانتهت الى نتيجة قانونية سليمة ، فلا يعيب الحكم أن يقع فى أسبابه خطأ فى القاعدة القانونية (٢) ، أو قصور فى الافصاح عن هذه القاعدة (٣) ، أو الا يكيف الحكم الواقعة

---

(١) ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن انه يوجد فساد فى الاستدلال اذا كان الحكم لم يجب الخصم الى طلب تحقيق بصمة الاصبع المنسوب الى البائعة التوقيع بها على عقد البيع استنادا الى مجرد القول بان تلك البصمة قد تعذر تحقيق صحتها بالمضاهاة لان البصمتين اللتين أخذتا لهذا الفرض وجدتا مطموستين ، فان هذا ليس من شانه أن يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها فى هذا الخصوص اذ لم يثبت استحالة الحصول على بصمات أخرى للبائعة تصلح للمضاهاة (نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٨٧٨ - ١٤٢) . وانه اذا ذكر المطعون عليهم فى صحيفة افتتاح الدعوى لبيان موطنهم الاصلى أنهم « من بندر منفلوط » واستدل الحكم على كفاية هذا البيان بسبق تسليم الخطابات المرسلة من مكتب الخبراء الى المطعون عليهم والتى لم يوضح على مظاريفها عنوان تفصيلى ، وكان تسليم هذه الخطابات لهم لا يفيد بطريق اللزوم انها سلمت اليهم فى موطنهم ولا أن تلك البيانات كافية للتعرف على هذا الموطن ، فان الحكم يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال (نقض مدنى ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ - مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ - عدد ٤ ص ١٧٢ رقم ١٠) .

(٢) نقض مدنى أول فبراير ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ١٣٥ - ٢٦ . و ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ١٢٥٠ - ٢٥٢ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ أبريل ١٩٨٠ - فى الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق . و ٢٢ يناير ١٩٧٩ - فى الطعنين رقمى ٦٠٢ و ٦٤٨ لسنة ٤٧ ق . و ٢٧ ديسمبر ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ١٧٠٤ - ٣١٨ .

قبل تطبيق القاعدة عليها (١) او ان يعطيها تكييفا غير صحيح (٢) .

٤ - ان ترد الأسباب بعبارات واضحة محددة : فتبين المحكمة بوضوح الوقائع والأدلة التى كونت منها المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها بحيث تستطيع محكمة النقض أن تراقب ثبوت الوقائع ودليل هذا الثبوت للتحقق من أنه من الادلة التى يصح قانونا بناء الحكم عليها ومن أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه (٣) ، وأن تراقب تكييف الوقائع وسلامة تطبيق القانون عليها . ولهذا لا يكفى أن ترفض المحكمة طلبا لأنه « على غير أساس » أو لغير ذلك من العبارات المبهمة العامة التى تعجز معهامحكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة النزاع (٤) . كما لا يكفى الاقتصار فى التسبيب على الاشارة اجمالا الى أوراق الدعوى ومذكرات الخصم باعتبارها المصدر الذى استقى منه الحكم واقعة معينة دون بيان مؤدى هذه الاوراق والمذكرات (٥) .

(٥) أن تورد المحكمة أسبابا تبرر رايها بالنسبة لكل ادعاء من الادعاءات التى ابديت امامها ، مواجهة سبب كل ادعاء صراحة فىأسبابها(٦) وذلك سواء أبديت هذه الادعاءات من الخصوم أو من النيابة العامة ، وسواء تعلق الأمر بطلب أو بدفع وأيا كان نوع الطلب أو الدفع (٧) .

---

(١) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٤٢ - ٦٠ .

(٢) فلمحكمة النقض ان تعطىالوقائع الثابتة تكييفها القانون الصحيح مادامت لا تعتمد فيه على غير ما حصلته محكمة الموضوع منها . (نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٨٠ - فى الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق . و ٢٧ ديسمبر ١٩٧٥ - ١٩٧٥ - مشار اليه) وانظر ما سيلى بند ٣٧٠ .

(٣) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٨٥٤ - ١٣٨ .

(٤) نقض مدنى ٥ يناير ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣ - ٢٣ - ٥ .

(٥) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٤ - مشار اليه .

(٦) نقض مدنى ٣١ مارس ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٩٨١ لسنة ٥١ ق .

(٧) ويلاحظ التفرقة بين الدفع والدفاع ، فالمحكمة ملزمة بان تورد ردا كافيا على كل دفع من الدفوع ، اما اوجه الدفاع فانها ليست ملزمة الا بالرد على الجوهرى منها . وذلك لما للدفع من اهمية بارزة فى الخصومة فى حين أن أوجه الدفاع قد يغنى بعضها عن بعض كما أن الرد على احداها =

على أنه يلاحظ أن المحكمة ليست ملزمة بابداء رأيها وتسببيه الا بالنسبة لما يطرح عليها بالطريق القانونى فى صورة طلب أو دفع أو دفاع يتعلق بالدعوى المطروحة أمامها . فلا يوجد قصور فى التسبيب اذا أغفلت المحكمة الرد على دفاع ظاهر البطلان (١) أو على طلب شطب العبارات الجارحة من مذكرات الخصوم (٢) ، أو الرد على مجرد اشارة من الخصم فى دفاعه الى أن الطرفين تاجران يمسكان دفاتر تجارية اذ لا يعد هذا طلبا بتقديم الدفاتر (٣) ، أو الرد على مجرد عبارة بوجه حافظة المستندات المقدمة قبل المذكرة الختامية تفيد تمسك الطاعن بدفع من الدفوع مادامت صحيفة الطعن والمذكرات الختامية قد خلت من التمسك به (٤) . وعلى العكس ، يجب على المحكمة أن تسبب قرارها بالنسبة للطلب أيا كان مادام قد فصلت فيه . ولهذا فانه اذا قدم الخصم طلبا أصليا وآخر احتياطيا فان حكمها باجابة الطلب الاحتياطى لا يعفيها من بحث الطلب الأصلى وايراد الأسباب الكافية التى اعتمدت عليها فى عدم اجابته (٥) . كما أن عليها أن تبدى رأيها بالنسبة للدفاع أو الدفع المعروض عليها سواء أبدى أمامها أو تمسك الخصم به فى محضر أعمال الخبير المنتدب فى الدعوى (٦) ، أو فى

قد ينطوى على معنى اطراح ماعداها . (نقض ايجارات ١٩٨٢/١١/٢٦ فى الطعن رقم ٨٥ لسنة ٥٤ .) وانظر ما يلى فى المتن بشأن الدفاع الجوهرى (نفس البند) .

(١) نقض عمال ٢٤ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٤٦ ق .

(٢) نقض مدنى ١ فبراير ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٦٥ لسنة ٤١ ق .

(٣) نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٦٦٩ — ١٠٩ .

(٤) نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٤٤ق .

(٥) نقض مدنى ٢٨ مايو ١٩٧٧ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ٩٧ — العدد ٤ — ص ١٧٧ — رقم ١٢ .

(٦) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٤٢ — ١٩٨ — كما حكم بانه اذا قدمت مذكرة الى محكمة الاستئناف احال فيها الخصم الى دفاعه فى مذكرة مقدمة منه فى استئناف اخر محجوز للحكم مع الاستئناف الاول لذات الجلسة ، فان اغفال الحكم بحث ما ورد بها من دفاع بشأن التمسك بعته البائع يعتبر قصورا فى التسبيب (نقض مدنى ١٩٧٧/٤/٥ فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق) .

مرحلة سابقة (١) بحيث أصبح مطروحا عليها . ونفس الأمر بالنسبة لما يجب على المحكمة النظـر اليه من تلقاء نفسها ، دون دفع من الخصم (٢) .

ويكفى أن تورد المحكمة سببا واحدا للرد على أكثر من ادعاء مادام هذا السبب كافيا لدحضها ، أو سببا واحدا لعدة قرارات مادام كافيا لحملها .

ولا تلتزم المحكمة بتعقب جميع الأقوال والمستندات والحجج التى قدمها الخصوم ومناقشتها جميعا . وحسبها أن تقيم حكمها على ما يصلح من الأدلة لحمله (٣) . اذ لو ألزمت المحكمة بذلك لفتح الباب أمام كيد الخصوم لتأخير الفصل فى القضية ، فضلا عن أن فى ثبوت الوقائع كما استخلصتها المحكمة واقتنعت بها الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها(٤) وفى هذا الصدد يجب التفرقة بين الدفاع المنتج والدفاع غير المنتج . فاذا تعلق الأمـر بدفاع منتـج أى جوهرى ، من شـأنه لو صـح التـأثير فى المنطوق « بحيث يتغير به وجه الرأى فى الدعوى » فعلى المحكمـة بحثه والرد عليه والا شاب حكمها قصور فى التسبيب (٥) .

---

(١) ولا يكفى ان تحيل محكمة الاستئناف الى اسباب الحكم المستانف اذا كان هذا الحكم قد أورد الدفاع فى مدوناته دون أن يعرض له (نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٨٣ - فى الطعن رقم ٥٩٧لسنة ٤٩ ق .) .

(٢) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٧٠٣ - ١٢٤ .

(٣) نقض تجارى ٢٩ ابريل ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١١٦ لسنة ٥٠ و ٢٥ اكتوبر ١٩٨٤ فى الطعن ١٧٧٨ لسنة ٥٠ ق و نقض مدنى ٦ مارس ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٤٧٩ - ٧٧٠ و ١٠ يناير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٣٥ - ١٣٩ - ٢٥ . و ١٧ ديسمبر ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ١٢٦٨ - ٢٢٠ . و ١٧ فبراير ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٢٦٥ - ٤٧ . و ٢١ نوفمبر ١٩٦٢ - مجموعة النقض ١٣ - ١٠٤٦ - ١٦٢ .

(٤) نقض ايجارات ١٩٨٤/١١/١٩ فى الطعن رقم ٢٧٦ لسنة ٥٤ ق . ونقض مدنى ١٩٨٢/١٢/٥ فى الطعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق . و ٢٣ فبراير ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣ - ٢٢٧ - ٣٦ .

(٥) ديباش : بند ١٨٠ ص ١٦٢ . نقض مدنى ٢٥ يونيو ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٥ ق . و ١٧ فبراير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ١١٤٢ - ١٩٨ (وكان الخصم قد تمسك بصورية العقد) . و ٣٠ مايو ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ١١٩ - ٢٣ (يتعلق بقرائن قضائية تمسك بها الخصم فلم تطلع المحكمة عليها ولم تبحثها) و ٦ نوفمبر ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ١٩٥ - ٢٠١ . (يتعلق بالدفع بالوقف لحين الفصل فى مسالة أولية) .

تدم مستندات من شأنها التأثير فى الدعوى وتمسك بدلالتها فالتفت الحكم ن التحدث عنها كلها أو بعضها مع ما قد يكون لها من الدلالة (١) • وعلى العكس لا يعاب الحكم بالقصور لعدم الرد على دفاع غير جوهرى أى غير منتج (٢) • كما أن المحكمة غير ملتزمة ــ عند تسبيب حكمها ــ بالرد على أى دفاع ولو كان جوهريا ما دام عاريا عن الدليل (٣) •

٤ ــ الا تكون الاسباب متناقضة فيما بينها او مع المنطوق : يجب ألا يوجد تناقض بين أسباب الحكم • ويوجد هذا التناقض ــ على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض المصرية ــ اذا أدى التناقض الى « ما تتماحى به الاسباب بحيث لا يبقى بعدها مايمكن حمل الحكم عليه أو بحيث لايمكن معه أن يفهم على أى أساس قضت المحكمة بما قضت به فى منطوقه » (٤)•

ومن ناحية اخرى ، يجب ألا تكون الاسباب ــ وان لم تتناقض مع بعضها ــ متناقضة مع المنطوق أى غير مؤدية قانونا الى القرار الذى يتضمنه الحكم • على أنه يجب للقول بوجود تناقض بين أسباب الحكم ومنطوقه النظر الى ما استند اليه الحكم ، وليس الى العبارات التى قد ترد فى الحكم أثناء سرد دفاع الخصوم ، ولو حدث السرد على نحــو يوحى باقتناع المحكمة به (٥) •

---

(١) نقض ايجارات ٢٦ نوفمبر ١٩٨٤ ــ فى الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٥٤ق

(٢) نقض مدنى ١٩٨٢/١٢/٥ فى الطعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق و ٣١ مارس ١٩٧٩ ــ فى الطعن رقم ٤١ لسنة ٤٥ ق. و ٦ فبراير ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ١٤٤ ــ ٢٧ (عدم التحدث عن بعض القرائن ما دامت غير قاطعة فيما أريد الاستدلال بها عليه) . و ١٧ فبراير ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٤٤٨ ــ ٧٥ ــ (التمسك بحجية الحكم لايعد دفاعا جوهريا طالما أن الحكم ليست له حجية) .

(٣) نقض مدنى ٢ ؤ ديسمبر ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ١٤٢٧ ــ ٢٤٢ و ٦ يناير ١٩٧٣ مجموعة النقض ٢٤ ــ ٤٠ ــ ٨ .

(٤) نقض مــدنى ١٩٨٢/١٣ فى الطعــن رقم ٤٤٥ لســــنة ٤٥ ق و ١٩٧٩/١/٢٤ ــ فى الطعن رقم ١٠١٨ لسنة ٤٨ ق . واول يناير ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٥٢ ــ ٩٢ ــ ١٨ . و ٥ يناير ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٩ . و ٢٦ نوفمبر ١٩٦٤ ــ مجموعة النقض ١٥ ــ ١٠٣٧ ــ ١٥٨ .

(٥) وتطبيقا لهذا حكم بانه اذا كان قد ورد فى الحكم عبارة « واضافوا بحق أن حالة النزاع المطروح لا تخضع لحكم المادة ٢٠٥ مدني » وانتهى الى عكس ذلك . وكانت تلك العبارة قد أوردها الحكم فى سياق سرده لدفاع =

واذا توافرت هذه الشروط ، كان تسبيب الحكم سليما • مع ملاحظة ما يأتى :

١ ـ يمكن ان تكون الاسباب صريحة او ضمنية : فلا يشترط أن تكون الاسباب صريحة (١) • ويعتبر اقامة المحكمة قضاءها على ما يحمله سببا ضمنيا للرد على ما يكون خصم قد أثاره من حجج بالنسبة للمسألة التى فصل فيها الحكم • وتلاحظ التفرقة بين القضاء الضمنى والتسبيب الضمنى • ومن المقرر أن الحكم يجب أن يشتمل على أسباب لما قضى به ولو كان هذا القضاء ضمنيا (٢) • وينطبق على الاسباب الضـمنية كل ما سبق ذكره من شروط يجب أن تتوافر فى تسبيب الحكم •

٢ ـ ينظر الى اسباب الحكم التى بنى عليها كوحدة واحدة : ولهذا فانه اذا كان الحكم مقاما على جملة قرائن يكمل بعضها بعضا فلا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لاثبات عدم كفايتها فى ذاتها (٣) • ومن ناحية أخرى ، فانه اذا أقامت المحكمة قضاءها على عدة قرائن أو أدلة استندت اليها مجتمعة ، ولايبين أثر كل واحد منها فى تكوين عقيدة المحكمة ولاماكان ينتهى اليه قضاؤها لو أنها استبعدت أحد هذه الأدلة لعيب شابه فان تعيب احداها يؤدى الى قصور فى التسبيب (٤) • وعلى العكس ، فانه اذا استند الحكم الى دليلين يكفى أحدهما لحمله ، فان أسبابه تكون كافية

الطاعنين الذين ضمنوه مذكرتهم ، ولم يرد بالحكم ما يؤيد اخذه بما دلت عليه هذه العبارة ، فان من شأن ذلك أن تكون كلمة « بحق » لغوا ، ولايقبل الطعن على الحكم بالتناقض . (نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٢٥٩ ـ ٤٥) .

(١) نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٦٧ ـ ٤ .

(٢) نقض مدنى ١٦ يونيو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١٠٧٨ ـ ١٧٨ .

(٣) نقض ايجارات ٨ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٧٠٥ لسنة ٤٨ ق . ونقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٠ ق . و ١٧ فبراير ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١٨٩ ـ ٣٠ . و ٢٨ أبريل ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٨٣٥ ـ ١٦٣ .

(٤) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٩٩١ ـ ٢٩ .

ولو كان الدليل الآخر معيبا . وعندئذ لا يقبل النعى على هذا الدليل اذ هذا النعى بفرض صحته يكون غير منتج (١) .

٣ - لا يعيب الحكم ان ترد فيه اسباب معيبة ما دامت زائدة : والمقصود بالأسباب الزائدة تلك ما كان الحكم فى حاجة اليها لحمل قضائه فيستقيم الحكم بدونها (٢) . فاذا طعن فى الحكم لما جاء فيه من أسباب معيبة ، وكانت هذه الأسباب زائدة ، كان النعى غير منتج (٣) .

٣٤٠ - اغفال الفصل فى بعض الطلبات : اذا صدر الحكم مغفلا الفصل فى أحد الطلبات فى القضية ، فان المحكمة لا تستنفذ بالحكم ولايتها فى الفصل فى هذا الطلب . ولهذا فانه يجوز لصاحب الشأن أن يعود مرة أخرى الى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم - أيا كانت هذه المحكمة ولو كانت محكمة النقض (٤) . لكى تنظر ما أغفلت الفصل فيه . وتكون العودة الى المحكمة لا بالاجراءات العادية لرفع الدعوى ، ولكن بتكليف الخصم بالحضور (مادة ١٩٣) (٥) . ولأن المحكمة لم تستنفد ولايتها

---

(١) نقض ايجارات ٣١ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٠١٨ لسنة ٤٩ق . ونقض أحوال شخصية ١٩٨٢/١/٢٦ فى الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ ق . ونقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة النقض ١٩ - ٣١٥ - ٤٩ .

(٢) **نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٣ مجموعة النقض ٢٤ - ٢٥٥ - ٤٥ .**

(٣) نقض احوال شخصية ١٩٨٢/٢/١٦ فى الطعن رقم ٦ لسنة ٥١ق . ونقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ٥٦٨ - ١١٥ . و ١٤ مارس ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٥٠٢ - ٨١ . وأول يناير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٩٢ - ١٨ .

(٤) نقض مدنى ٨ يناير ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٤٢١ لسنة ٤٧ ق .

(٥) فى حكم النقض ٨ يناير ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٤٢١ لسنة ٤٧ ق . قضت المحكمة بأن العودة الى محكمة النقض عند اغفالها الفصل فى بعض الطلبات يكون باتباع الاوضاع والاجراءات المقررة فى المواد ٢٥٣ وما بعدها من قانون المرافعات اى اجراءات الطعن بالنقض ، ورتبت المحكمة على ذلك بطلان الطعن لعدم ايداع الطاعن (وفقا للمادة ٢٥٥ مرافعات) وقت ايداع الصحيفة صورة من الحكم الاستئناف المطعون فيه وصورة من حكم الطعن السابق . وهذا الحكم فى تقديرنا محل نظر ، ذلك ان المادة ١٩٣ تنص على أنه اذا أغفلت المحكمة الفصل فى بعض الطلبات ، فان العودة الى المحكمة يكون باعلان الخصم بصحيفة للحضور أمام المحكمة لنظر هذا الطلب . وقد ورد نص هذه المادة فى الفصل الثالث من الباب التاسع من =

فيما لم تفصل فيه من طلب ، فليس للخصم أن يستعيض عن العودة اليها بالطعن فى حكمها سواء بالاستئناف (١) أو بالتماس اعادة النظر أو بالنقض (٢) ، ذلك أنه ليس هناك حكم فى الطلب الذى أغفل يمكن أن يكون محلا لطعن .

ووفقا للمادة ١٩٣ لا يجوز الرجوع للمحكمة الا اذا أغفلت الفصل فى « بعض الطلبات الموضوعية » . والمقصود بذلك الطلب الذى يتضمن دعوى موضوعية . فلا ينطبق النص اذا تعلق الأمر بأى طلب يتعلق باجراءات الخصومة بما فيها اجراءات الاثبات (٣) أو باحدى حجج الخصوم التى قدمت لتأييد الطلب الموضوعى ، أو بأى دفع أو دفاع ولو تعلق بالموضوع . على أن اصطلاح طلب موضوعى يجب ألا يقتصر على الطلب الموضوعى بالمعنى الدقيق فهو ينصرف أيضا الى الدفع الموضوعى بالمعنى الضيق مثل الدفع بالمقاصة أو بالابطال اذ يتعلق الأمر فى الواقع

=

قانون المرافعات الخاص بالاحكام بصفة عامة بما فيها احكام محكمة النقض ولا يحول دون تطبيق هذا النص ما تقضى به المادة ٢٧٣ مرافعات من ان تسرى على قضايا الطعون أمام محكمة النقض القواعد الخاصة بالاحكام فيما لا يتعارض مع النصوص بطريق النقض . ذلك ان طلب الفصل فيما اغفلت المحكمة الفصل فيه من طلبات ليس طعنا فى حكم . فهو ليس من « قضايا الطعون » التى تشير اليها المادة ٢٧٣ . ولانه ليس طعنا امام محكمة النقض ، فليس من الصواب اخضاعه لقواعد الطعن فى الاحكام أما النقض . والاخذ بمنطق الحكم سالف الذكر يعنى اخضاعه ايضا لميعاد الطعن بالنقض ولا نعتقد أن هذا الحكم يمكن ان يكون قد قصد مثل هذه النتيجة .

(١) نقض ايجارات ٦ يناير ١٩٨٢ فى الطعن ٧٦٠ لسنة ٥١ ق . و نقض احوال شخصية ٣١ مايو ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٥ ق . و ٢ فبراير ١٩٧٢ — فى الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٥ ق . ونقض مدنى ٢ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٢٨ — ٨٣ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٧٣ — ٣١٢ . و ٤ يونيو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١١٤٩ — ٢٢٠ . و ٤ ديسمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٧٤٤٧ — ٣٢٤ .

(٣) باستثناء طلب توجيه اليمين الحاسمة .

بدعوى وان اتخذت صورة دفع لا طلب . ومن ناحية أخرى ، فان النص ينطبق سواء كان الطلب طلبا أصليا أم احتياطيا (١) ، أو طلبا تابعا(٢).

أما اغفال الفصل فى الطلب فيقصد به عدم البت (٣) فى أى عنصر من عناصر الدعوى . ولهذا فانه اذا قدم طلب ضد شخصين فأغفلته المحكمة بالنسبة لأحدهما ، أو اذا قدم طلب استنادا الى عقد واحتياطيا الى خطأ تقصيرى فرفضته المحكمة بالنظر الى العقد دون نظر الى الخطأ التقصيرى ، أو اذا تضمن الطلب المطالبة بدين وفوائده ففصلت المحكمة فى دعوى الدين دون الفوائد (٤) ، فانه فى جميع هذه الصور يوجد اغفال يبرر العودة الى نفس المحكمة (٥) . على أنه يلاحظ أن الاغفال يجب أن ينصب على الطلبات الختامية المقدمة للمحكمة والتى يطلب الخصم من المحكمة الفصل فيها . فاذا تقدم الخصم بعدة طلبات ، ولكنه أغفل بعضها فى مذكرته الختامية مما يفيد نزوله عنها فلا على المحكمة اذا هى أغفلت الفصل فيها اذ لم تكن مطروحه عليها (٦) . ومن ناحية أخرى لا يتحقق اغفال اذا قضت المحكمة فى الطلب ولو كان قضاء ضمنيا (٧) . ولهذا اذا

---

(١) وذلك اذا قضت المحكمة برفض الطلب الاصلى (نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٦٥ — مجموعة النقض النقض ١٦ — ٥٦٨ — ٨٥) .

(٢) مثل طلب الفوائد . (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ١١٥٩ — ١٨٤ . و ٢ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١١٢ — ١٨) .

(٣) ولا يكفى للبت فى طلب عبارة « ورفضت المحكمة عدا ذلك من الطلبات » اذا كان هذا الطلب رغم أنه قدم للمحكمة لم تشر اليه المحكمة فى حكمها مما يعنى عدم قصد المحكمة انصراف هذه العبارة اليه (نقض مدنى ٢ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٣٨ — ٨٣) . فهذه العبارة تنصرف الى الطلبات التى بحثها الحكم وابدى الراى فيها دون تلك التى اغفلها (نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٢٢ — فى الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٤ ق) .

(٤) نقض أحوال شخصية ٢ فبراير ١٩٧٢ — فى الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٥ ق .

(٥) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٦٠٤ .

(٦) نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٨ ق . و ٩ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٢٤ — ١٣٧ .

(٧) نقض مدنى أول مارس ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٤٦ق . و ١٣ نوفمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ١٢١٦ لسنة ٤٨ ق . (عمال) . و ١٠ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢١٩ — ٢٨ . و ٢٣ نوفمبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٧٢١ — ٢٤٦ .

رفضت المحكمة الطلب الأصلى بتقرير ملكية عقار فان هذا الرفض يتضمن الفصل فى الطلب التبعى بتسلم العقار أو طلب ريعه فلا حاجة بالمحكمة للبت فيه صراحة .

واستثناء مما تقدم قد لا تبت المحكمة فى طلب موضوعى مقدم لها ، ومع ذلك لا يجوز العودة الى نفس المحكمة وفقا للمادة ١٩٣ . ويكون ذلك .

(أ) اذا لم تفصل المحكمة فى الطلب الخاص بمصاريف الخصومة ، ولم تقدرها .

(ب) اذا قدم طلب أصلى وطلب احتياطى فقبلت المحكمة الطلب الأصلى، فلها أن تغفل الطلب الاحتياطى ، اذ هو لا يعرض عليها الابفرض رفض الطلب الأصلى .

٣٤١ — تصحيح الحكم : اذا حدث خطأ فى الحكم ، فالطريق الطبيعى لعلاجه هو الطعن فيه بطريق الطعن المناسب . ولكن المشرع رأى أن هناك بعض الأخطاء لا يحتاج علاجها الى الطعن باجراءاته الطويلة و نفقاته ، ويكفى بالنسبة لها الرجوع الى نفس القاضى الذى أصدر الحكم لتصحيحه (١) . وهذه هى الأخطاء المادية البحتة ، فقرر الأخذ بنظام تصحيح الاحكام **rectification des jugements** . ويختلف التصحيح عن الطعن فى أنه على خلاف ما يرمى اليه الطعن ليس تقديرا جديدا وانما هو نفس التقدير الذى يتضمنه الحكم (٢) .

ويجب لإمكان التصحيح أن يتعلق بخطأ مادى كتابى أو حسابى . والمقصود بالخطأ المادى (٣) أو النقص فى التعبير ، وليس الخطأ فى التفكير . أى أن القاضى فى التعبير عن تقديره قد استخدم أسماء أو أرقاما غير تلك التى كان يجب أن يستخدمها للتعبير عما فى ذهنه من أفكار . ولهذا لايجوز

---

(١) كوستا : بند ٢٩٧ ص ٣٣٦ .

(٢) ساتا : بند ٢٠٨ ص ٢٩١ .

(٣) ليبمان : جزء ثان بند ٢٨٩ ص ٢٣٩ . ساتا : بند ٢٠٧ ص ٢٩٠

الالتجاء الى التصحيح بشأن خطأ فى تقدير القاضى أو فى تكوين هذا التقدير (١) • ويستوى أن يقع الخطأ المادى فى منطوق الحكم أو فى جزء آخر من الحكم مكمل للمنطوق • على أن هذا الخطأ يجب أن يكون واضحا من بيانات الحكم نفسه أو من مقارنة منطوق الحكم ببياناته الأخرى • أو بمحضر الجلسة • ومن أمثلة الخطأ المادى الذى يمكن علاجه بالتصحيح : أن يأتى فى حيثيات الحكم حساب للمبالغ المستحقة للمدعى ، وفى المنطوق تجمع هذه المبالغ خطأ • أو أن يذكر اسم المدعى أو المدعى عليه خطأ دون أن يكون هناك شك فى تحديد شخصيته (٢) ، أو أن يأتى خطأ فى المنطوق فى تحديد العقار المحكوم باستحقاقه مع وضوح هذا الخطأ من سياق الحكم ، أو أن يذكر خطأ مادى فى اسم القاضى الذى اصدر الحكم مع وضوح الخطأ من محضر جلسة النطق بالحكم (٣) • ولا يمنع من تصحيح الحكم أن يكون قابلا للطعن فيه بأى طريق ، كما لا يمنع منه سبق قيام المحكمة بتفسير حكمها وفقا للمادة ١٩٢ (٤) • ومن ناحية أخرى ، فان امكانية تصحيح الحكم أو تصحيحه بالفعل لا يمنع من الطعن فى الحكم بالطريق الذى يقبله • على أنه لا يجوز التمسك بخطأ مادى فى الحكم كسبب للطعن فيه بالنقض (٥) •

وتتولى المحكمة التصحيح سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم • ولا يجب فى الطلب أى شكل خاص ولا يعلن الى الخصم الآخر أو يكلف هذا الخصم بالحضور • ويقدم طلب التصحيح الى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب تصحيحه ، أيا كانت هذه

---

(١) نقض مدنى ١٩ ابريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧٢٤ — ١١٤ (كما لو عاب الطالب على الحكم انه لم يرد على أسباب الطعن تفصيلا ، بل رد عليها جملة وأغفل بحث مسائل قانونية معينة) .

(٢) نقض مدنى ١٣ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٢٥٢ — ١٩٠ .

(٣) انظر : نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٤٠ — ٢١٩ .

(٥) موريل : بند ٥٧٢ ص ٤٤٨ .

المحكمة (١) . على أنه لا يجب أن ينظر الطلب نفس القضاة الذين أصدروا الحكم (٢) . ويقدم الطلب من أى من الخصمين سواء الخصم الذى صدر الحكم لصالحه أو الذى حكم ضده اذ يتصور أن يكون الخطأ ضد مصلحة أى منهما (٣) . ولم يحدد القانون ميعادا للتصحيح ، فيمكن تقديم الطلب ما دام الحكم قائما لم يلغ . وتنظر المحكمة طلب التصحيح فى غرفة المشورة بغير مرافعة أى دون سماع دفاع أى من الخصوم . ولا تسمع النيابة العامة ولو كانت قد تدخلت فى الخصومة (٤) . وتقتصر سلطة المحكمة على تصحيح الأخطاء المادية بالرجوع الى بيانات الحكم أو الى محضر الجلسة ، فلا تملك تصحيحه على نحو مخالف (٥) . أو أن تتخذ من التصحيح وسيلة للرجوع عن الحكم الصادرمنها فتغير منطوقه بما يناقضه لما فى ذلك من مساس بحجية الأمر المقضى (٦) ، فاذا تجاوزت سلطتها جاز الطعن فى قرار التصحيح بنفس طرق الطعن المتاحة بالنسبة للحكم محل التصحيح (٧) . ويبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور قرار التصحيح . أما قرار المحكمة برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه الا مع الطعن فى الحكم الذى رفض تصحيحه ، مع مراعاة ميعاد هذا الطعن . واذا صدر قرار بالتصحيح ، قام كاتب المحكمة باجراء التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ، ويقوم رئيس الجلسة وكاتبها بالتوقيع عليه (مادة ١٩١) .

---

(١) محكمة اول درجة او الاستئناف أو النقض (زانزوكى : جزء ثان بند ١١٦ ص ١٠٦) .

(٢) ليبمان : جزء ثان بند ٢٨٩ ص ٢٤٠ .

(٣) كوستا : بند ٢٩٧ ص ٣٣٧ .

(٤) عكس هذا : نقض مدنى ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ ص ٨٣٧ .

(٥) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ .

(٦) نقض مدنى ١٩ ابريل ١٩٧٢ — مشار اليه .

(٧) نقض مدنى ٣ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٩٦٥ — ٣٩ .

٣٤٢ ـ تفسير الحكم : ليس المقصود بتفسير الحكم البحث عن ارادة القاضي الذى أصدره ، كما هو الحال عند تفسير عقد من العقــود • ذلك أن الحكم ليس تصرفا قانونيا وانما هو عمل تقدير • ولهذا فان تفسير الحكم لا يكون بالبحث عن ارادة القاضي وانما بتحديد ما يتضمنه الحكم من تقدير ، وهذا لا يمكن أن يبحث عنه الا فى العناصر الموضوعية التى تكون الحكم ذاته منفصلا عن ارادة القاضى الذى أصدره (١) • ولا مشكلة اذا كان الحكم وضحا • أما اذا تضمن غموضا أو ابهاما فهنا تقوم الحاجة لمعرفة تقدير المحكمة بالنسبة للقضية ، أى الحاجة للتفسير • ويحدث التفسير بقرار من المحكمة التى أصدرت الحكم (٢) • ولا يجب أن يقوم بالتفسير نفس القضاة الذين أصدروا هذا الحكم (٣) اذ لا يتعلق الأمر بالبحث عن أى ارادة لديهم ، وانما يتعلق الأمر بتفسير موضوعى • ويصدر قرار التفسير بناء على طلب يقدم ـ دون تقيد بميعاد ـ بالاجراءات العادية لرفع الدعوى من أى من الخصوم ، سواء من صدر الحكم لصالحه أو من صدر ضده • ولا يؤثر رفع دعوى التفسير فى قوة الحكم المطلوب تفسيره ولا يوقف ميعاد الطعن فيه (٤) • ووفقا للمادة ١٩٢ مرافعات لايقبل الطلب الا اذا تعلق بتفسير « المنطوق » ، على أنه يجب ألا يؤخذ الأمر على نحو شكلى اذ المنطوق قد يوجد فى الواقع أو الاسباب بحيث تكون هذه جزءا لا يتجزأ من المنطوق (٥) •

---

(١) ساتا : بند ١١٤ ص ١٧٦ .

(٢) ولا يختص غيرها ولو كانت محكمة اعلا منها درجة . (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٦٢٩ ـ ٢٣٠) . على أنه لا يوجد ما يمنع المحكمة اذا تمسك خصم أمامها بحكم صادر من غيرها أن تتولى تفسيره لتحديد نطاق الاحتجاج به . (نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ١٢٥٢ ـ ١٩٠) . فسلطتها هنا كسلطتها بالنسبة لاى مستند تمسك به الخصوم أمامها . ولهذا لا يجوز لها عندئذ أن توقف الخصومة الى حين تفسير الحكم من المحكمة التى أصدرته .

(٣) موريل : بند ٥٧٥ ص ٤٤٩ .

(٤) نقض عمال ١٥ نوفمبر ١٩٨٢ فى الطعن رقم ١٨١١ لسنة ٤٧ ق .

(٥) ساتا : الاشارة السابقة .

ومن ناحية أخرى ، لا يقبل الطلب اذا كان قضاء المحكمة واضحا لا يشوبه غموض . وذلك حتى لا يمس الطلب ما للحكم من حجية (١) . ويقتصر نطاق الخصومة على ما يتعلق بتفسير الحكم ، فليس للخصوم ان يجادلوا فى المسائل القانونيةالتى بت فيها الحكم المطلوب تفسيره ، أو أن يتمسكوا بدفوع لا علاقة لها بما فى الحكم من غموض (٢) .

ولا تطبق المحكمة ، وهى تقوم بالتفسير ، قواعد تفسير التصرف القانونى ولا القواعد المقررة لتفسير التشريع ، وانما هى تفسر الحكم تفسيرا منطقيا بالنظر الى أسباب الحكم وعناصره الاخرى وبافتراض أن المحكمة لا يمكن أن تكون قد خالفت القانون فى حكمها المطلوب تفسيره . فان لم تكف عناصر الحكم لتفسيره ، فيمكن الالتجاء الى عناصر أخرى فى القضية كطلبات الخصوم والاوراق المقدمة فى الخصومة . وفى جميع الأحوال ، يجب على المحكمة أن تعمل على الكشف عن التقدير الذى يتضمنه الحكم فلا تتخذ التفسير وسيلة لتعديل حكمها أو الحذف منه أو الاضافة اليه (٣) .

ويعتبر الحكم الذى يصدر بالتفسير مكملا للحكم الذى فسره ، ولهذا فانه اذا كان يجب تدخل النيابة العامة فى الخصومة التى انتهت بصدور الحكم محل التفسير فانه يجب تدخلها عند تفسير الحكم (٤) . ومن ناحية أخرى فان الحكم الصادر بالتفسير يخضع لنفس طرق الطعن التى يطعن بها فى الحكم محل تفسير (مادة ٢/١٩٢) . ويبدأ ميعاد الطعن من تاريخ صدور الحكم التفسيرى أو اعلانه وفقا للقواعد العامة فى الطعن (٥) .

---

(١) نقض مدنى ١٩ ابريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧٣٩ — ١١٦ و ٢٨ ديسمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٣٣٩ — ٢١٠ . وعندئذ لا يجوز الرجوع للمحكمة — الاوفقا لطرق الطعن وفى المواعيد المحددة لها) .

(٢) ولهذا لا يقبل من الطالب الدفع بعدم دستورية القانونالذى طبقته المحكمة (نقض مدنى ١٩ أبريل ١٩٧٢ — مشار اليه) .

(٣) ساتا : بند ٤٢١ ص ١٧٦ — ١٧٧ .

(٤) نقض مدنى ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٨٣٧ — ١٢٤ .

(٥) نقض عمال ١٥ نوفمبر ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ١٨١١ لسنة ٤٧ق . وجدى راغب : مبادىء ص ٣٨٣ .

المطلب الثالث

مصاريف الخصومة

٣٤٣ — دفع المصاريف مقدما : اذا كان من المسلم فى القانون الحديث أن « القضاء مجانى » ، فان هذا لا يعنى أكثر من أن الخصوم لم يعودوا يدفعون أتعابا للقضاة ، فالدولة هى التى تدفع مرتبات لهؤلاء (١) أما ما تقتضيه الخصومة من نفقات مختلفة ، فالخصوم هم الذين يتحملونها (٢) . ذلك أن الدولة الحديثة تنوء بأعباء كثيرة تحول دون تمكن ميزانيتها من دفع كل نفقات العدالة ، هذا فضلا عن أن تحمل الدولة هذه النفقات قد يغرى الأشخاص بالالتجاء الى القضاء دون مبرر معقول ولمجرد مشاكسة الآخرين (٣) . والقاعدة فى هذا الصدد أن على كل خصم أن يدفع مقدما نفقات الاعمال التى يقوم بها أو يطلبها لحسابه (٤) . ولهذا فان على المدعى أن يدفع الرسوم القضائية المقررة على دعواه ، واذا تطلبت الدعوى سماع شهود أو الاستعانة بمحام دفع هو ما يلزمهم من نفقات وأتعاب . فاذا تقدم المدعى عليه بطلب عارض يستحق رسما قضائيا وجب عليه دفعه ، واذا استعان بمحام أو طلب سماع شهود أو اتخاذ أى اجراء من اجراءات التحقيق التى تستلزم نفقات وجب عليه دفع الاتعاب أو المصاريف اللازمة مقدما . واذا قام أى خصم بطلب اعلان ورقة الى المحكمة ، فان عليه أن يدفع الرسوم المستحقة على ذلك بما فى ذلك ثمن أوراق الطوابع الرسمية . فاذا لم يقم الخصم بالدفع ، كان للموظف الذى يتم أمامه العمل أن يمتنع عن تسلم الورقة .

---

(١) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٣ ص ٤٤ . موريل : بند ٦٩٢ ص ٥٢٩ .

(٢) فاذا كان الخصم فقيرا لا يمكنه دفع نفقات الخصومة ، فان هذا لا يحرمه من الحصول على الحماية القضائية اذا كانت دعواه محتملة الكسب. وله عندئذ ان يحصل على المعونة القضائية التى بموجبها يعفى من نفقات الاعمال التى يلتزم اصلا بدفع نفقاتها مقدما ، كما أنه يحصل على مساعدة مجانية من محام يعينه مجلس النقابة الفرعية لمساعدته . وتنظم احكام المساعدة القضائية المواد من ٢٤ الى ٢٨ من قانون الرسوم القضائية .

(٣) انظر بالتفصيل : دونوفريو : جزء أول بند ٢٤١ ص ١٧٩ — ١٨٠ .

(٤) ليبمان : جزء أول بند ٨٥ ص ١٦٥ .

٣٤٤ — الزام الخاسر بمصاريف خصمه : فاذا انتهت الخصومة بحكم فى الدعوى فقد رأى القانون ألا يبقى كل خصم متحملا النفقات التى دفعها ، وانما وضع قاعدة مقتضاها وجوب الزام من خسر القضية بجميع المصاريف (م ١٨٤ مرافعات) . ومعنى هذا أن من خسر القضـية يتحمل النفقات التى دفعها مقدما ويدفع لخصمه ما دفعه هذا الأخير من نفقات بما فيها أتعاب المحاماة (١) . على أن العمل جرى على عدم الزام الخاسر بكل ما دفعه خصمه من مصاريف فهو لا يلزم الا بالرسوم القضائية وأجور الخبراءومصاريف الانتقال الى المحكمةوجزء يسير من أتعاب المحاماة(٢)،دون المصاريف التى دفعت للانتقال الى مكتب المحامى أو انتقال المحامى الى المحكمة أو مقابل تعطيل الخصم عن أعماله ، فضلا عن أن الجزء اليسير الذى يقضى به من أتعاب المحامى يذهب الى صندوق النقابة (م ١٨٨ من قانون المحاماة (٣) .

ويقوم الزام الخاسر بالمصاريف على مجرد واقعة الخسارة كواقعة موضوعية (٤) . فليس أساسه — كما قيل — اتفاق مسبق بين الطرفين (٥)

---

(١) ويفترض هذا ان يكون من كسب القضية قد احضر محاميا ، فان لم يكن قد فعل فان الزام خصمه بأتعاب المحاماة لصالحه يكون مخالفا للقانون (نقض مدنى ١٣ أبريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧١٥ — ١١٢) .

(٢) انظر المادة ١٨٧ من قانون المحاماة . وهى تحدد حدا ادنى لما تحكم به المحكمة من اتعاب المحاماة (عشرة جنيهات للدعاوى الجزئية وعشرة جنيهات للدعاوى الابتدائية والمستعجلة وعشرون جنيها للاستئناف وثلاثون جنيها للنقض) .

(٣) العشماوى : جزء ثان بند ١٨٨ ص ٧٠٦ وما بعدها .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٨١ ص ٥١٦ . كوستا : بند ٣٠١ ص ٤٣١ . وجدى راغب — مبادىء ص ٧٤ .

على انه وفقا للمادة ١٨ مرافعات اذا كان الخصم قد قدم الطلب او الدفع بسوء نية بقصد الكيد لخصمه ، فان للمحكمة الزام مقدم الطلب او الدفع بجميع النفقات التى تحملها خصمه . وفى هذه الحالة لا يكون اساس الالزام واقعة الخسارة بل المسئولية عن تعويض الضرر . ولهذا فان المحكمة لا تقضى بها الا بناء على طلب . ومن ناحية أخرى ، فان للمحكمة من تلقاء نفسها — بصرف النظر عن الحكم بالتعويض — أن تحكم على اى خصم

=

أو توقيع عقوبة على المحكوم عليه (١) أو تعويض المحكوم له عن ضرر أصابه من سلوك خصمه (٢) . ولهذا فان الخاسر يلزم بالمصاريف ولو كان حسن النية يعتقد أن ادعاءاته فى الخصومة تقوم على أساس (٣) . وأساس الزام الخاسر بمصاريف الخصومة ما هو مقرر من أن الخصومة كوسيلة قانونية لحماية الحق يجب ألا يؤدى استخدامها من قبل صاحب الحق الى انقاص حقه ، وهو ما يحدث اذا بقى — رغم كسبه القضية — متحملا بالمصاريف التى دفعها . اذ عندئذ يحصل على حقه ناقصا ما تحمله من نفقات فى سبيل حمايته (٤) . وبهذا يعتبر الزام الخاسر بالمصاريف تطبيقا لما سبق ذكره من أثر موضوعى للمطالبة القضائية باعتبارها حافظة لحق المدعى الذى تقبل دعواه (٩) .

وتفترض واقعة الخسارة ما يلى :

(أ) أن يحدث تطبيق للقانون بواسطة الحكم لمصلحة خصم فى مواجهة

= — ولو كان من كسب الدعوى — بغرامة من جنيهين الى عشرين جنيها اذا تبين لها انه كان قد اتخذ اى اجراء او أبدى دفاعا بسوء نية . على أن الحكم بالغرامة لا يكون الا عند اصدار الحكم فى الموضوع .

(١) انظر هذا الراى فى : موريل : بند ٦٩٣ ص ٥٣٠ .

(٢) ذلك ان العقوبة لا توقع الا على المخطىء . ولا يخطىء من يتمسك بحسن نية بحقه امام القضاء ولو ثبت فيما بعد الا حق له . (ليبمان : جزء أول بند ٨٦ ص ١٦٧) .

(٣) وقد ذهب البعض الى بناء التعويض على اساس الخطأ التقصير . ولما انتقد هذا الراى ، على اساس عدم امكان نسبة خطأ الى الخاسر لمجرد خسارته ، ذهب البعض الى ان اساسه هى فكرة المخاطر ، فمن يبدأ خصومة او يدافع فيها ان كسب حظى بمنافع عمله فمن العدالة أن يتحمل مخاطره ان خسر فيلتزم بالنفقات . (وهذا هو راى جابيو : بند ٥٦٦ ص ٤٠٧ — ٤٠٨) ، ويعيب هذه الفكرة ان الخصومة وسيلة يضعها القانون فى خدمة صاحب الحق لحماية حقه عوضا عن الدفاع الخاص ، فهى — بطبيعتها — اجنبية عن فكرة المخاطر . ولهذا انتهى بعض الفقهاء الى القول بأن مصدر هذا الالتزام هو القانون (سوليس وبيرو : جزء أول بند ١١٤ ص ١١٢ وانظر : نقض مدنى ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٨٣٧ — ١٢٤) .

(٤) كوستا : بند ٣٠١ ص ٣٥١ .

(٥) كيوفندا جزء ثان بند ٣٨١ ص ٥١٦ .

(٦) كوستا : بند ٣٠١ ص ٣٤٠ وما سبق بند ٢٦٢ .

خصم آخر . ولهذا فانه لا يمكن أن يحكم بالمصاريف على من ليس خصما بالمعنى الصحيح (١) . ومن ناحية أخرى ، يجب أن يحدث تطبيق للقانون وذلك بواسطة الفصل فى الطلب . ولهذا فانه لا توجد خسارة بالمعنى الصحيح اذا لم يفصل فى الطلب لسبب اجرائى ، وعندئذ اذا حكم بالمصاريف فلا يكون ذلك على أساس واقعة الخسارة (٢) .

(ب) أن يكون الحكم منهيا للخصومة . ولهذا فأى حكم فى طلب لا يكون منهيا للخصومة لا يقترن بالالزام بالمصاريف (٣) .

(ج) أن توجد علاقة سببية بين المحكوم عليه وبين النزاع . فاذا لم تتضمن الخصومة أى نزاع ، فلا توجد خسارة بالمعنى الصحيح ولو صدر الحكم لمصلحة الخصم الآخر . ولهذا فان الدعاوى التى ترفع من الدائن رغم اقرار المدين بالحق المدعى به قبل رفع الدعوى لمجرد الحصول على سند تنفيذى تبقى مصاريفها على عاتق المحكوم له (مادة ١٨٥) (٤) . كذلك الدعاوى التى لا يمكن للمدعى عليه تفادى رفعها عليه أو لا يكون ملزما بتفاديها يلتزم المدعى بمصاريفها ولو كسبها . ومثالها دعوى تحقيق الخطوط الاصلية ودعوى شطب الرهن (٥) . ومن ناحية أخرى ، فان علاقة الخصم بالنزاع يمكن أن تنتهى أثناء الخصومة ، وعندئذ لا يتحمل المصاريف الا بالنسبة للفترة السابقة من الخصومة . ومثالها أن يقر المدعى عليه فورا بحق المدعى ، فما يدفعه المدعى من مصاريف بعد ذلك لا يلتزم بها المدعى عليه (أنظر المادة ١٨٥) . كما أن هذه العلاقة يمكن ألا تنشأ الا بعد نشأة الخصومة وذلك كما فى حالة رفع الدعوى دون أن يسبقها

---

(١) فنسان : بند ٣٨٥ ص ١٠١٥ . دونوفريو : جزء أول بند ٢٤٥ ص ٨١٤ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٨١ ص ٥١٧ .

(٣) دونوفريو : جزء أول بند ٢٤٨ ص ١٨٨ .

(٤) موريل : بند ٦٩٨ ص ٥٣٣ . فنسان : بند ٧٨٦ ص ١٠١٦ . ويجب لهذا ان يكون الحق مسلما به من المدعى عليه قبل رفع الدعوى (نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٢ — فى الطعن رقم ٣٨٠ لسنة ٤٣ ق) .

(٥) دونوفريو : جزء أول بند ٢٤٥ ص ١٨٧ . كوستا : بند ٣٠١ ص ٢٤١ .

تكليف بالوفاء عندما يكون هذا ضروريا . وعندئذ لا يتحمل المدعى عليه أن خسر القضية الا المصاريف التالية على رفع الدعوى (١) .

واذا تعدد الخاسرون ، فيجب التفرقة بين فرضين :

(أ) اذا كان الخاسرون جميعا مدعين أو كانوا جميعا مدعى عليهم . فعندئذ وفقا للمادة ١٨٤/١ يجوز للمحكمة أن تقسم المصاريف بينهم بالتساوى دون نظر الى مصلحة كل منهم فى القضية ، أو أن تقسمها بينهم حسب مصلحة كل منهم فيها وفقا لتقدير المحكمة لهذه المصلحة . وأيا كانت طريقة التقسيم ، فان التزامهم بالمصاريف لا يكون بالتضامن فيما بينهم . فهو التزام شخصى يقبل التجزئة ، وذلك الا اذا كانوا متضامنين فى التزامهم الموضوعى المحكوم عليهم بأدائه ، فان هذا التضامن يستتبع حتما الزامهم بالمصاريف بالتضامن (١٨٤ / ٢) (٢) .

(ب) اذا كان كل من المدعى والمدعى عليه قد خسر جزئيا فى القضية . فعندئذ تكون للمحكمة السلطة التقديرية الكاملة فى أن تحمل أحدهما بجميع المصاريف أو أن تحمل كلا منهما بجزء منها . وهى فى تحديد هذا الجزء تتمتع بسلطة تقدير كاملة ، فلها أن تقرر أن كل خصم يتحمل ما دفعه من مصاريف أو تقرر أن خصما يتحمل ما دفعه وجزءا مما دفعه خصمه (مادة ١٨٦) (٣) .

واذا كانت القاعدة هى تحميل الخاسر المصاريف التى تحملها خصمه ، فهذه القاعدة ترد عليها استثناءات .

(أ) فهناك حالات لا يتحمل فيها الخاسر المصاريف ، وأهمها :

١ — اذا كانت النيابة العامة طرفا أصليا فى الخصومة وخسرتها . فعندئذ لا تتحمل المصاريف رغم خسارتها . وانما يتحمل من كسب

(١) كيوفندا : نظم جزء اول بند ٣١١ ص ٥١٨ .
(٢) جابيو : بند ٥٧١ ص ٤١١ . موريل : بند ٦٩٦ ص ٥٣٢ .
(٣) نقض ايجارات ١٩٨٢/١/١٣ فى الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٤٥ ق . موريل : بند ٦٩٦ ص ٥٣٣ .

القضية ما دفعه من مصاريف (١) • ويبرر هذا الاستثناء على أساس أنه لا يمكن الزام عضو النيابة بهذه المصاريف ، كذلك ليس من المناسب الزام الدولة بمصاريف خصومة تقف فيها دفاعا عن الصالح العام • وهو تبرير يراه البعض غير مقنع (٢) •

٢ — اذا كان الخاسر يتمتع بمعونة قضائية • ذلك أن تحميله ما دفعه خصمه يكون عبثا فهو لم يستطيع دفع ما كان يجب عليه تقديمه من مصاريف •

٣ — اذا كان من كسب القضية قد ارتكب خطأ أثناء الخصومة يبرر الحكم عليه بكل المصاريف على سبيل التعويض (مادة ١٨٥) • ويعتبر هذا تطبيقا للقاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية • وذلك على أساس أن الضرر الذى يصيب الخصم من جراء خطأ الخصم الاخر فى الخصومة يمكن حصره فى قيامه بدفع مصاريف قضائية فيها •

(ب) وهناك حالات لا يتحمل فيها الخاسر المصاريف التى قدمها خصمه ، بل بعضها فقط ، بحيث يبقى على الطرف الاخر تحمل بعض ما أنفقه رغم كسبه القضية • وتجمع هذه الحالات ماتنص عليه المادة ١٨٥ من امكان الزام المحكوم له ببعض المصاريف اذا كان قد تسبب فى انفاق مصاريف لا فائدة منها ، أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان تحت يده من المستندات القاطعة فى الدعوى أو بمضمون تلك المستندات •

(جـ) وأخيرا هناك حالات تنتهى فيها الخصومة بغير حكم فى الدعوى، وعندئذ لا يمكن الكلام عن خسارة بالمعنى الصحيح ، ومثالها حالة ترك الخصومة أو سقوطها أو انهائها للصلح بين الخصوم • وهنا لا يقوم الالزام بالمصاريف على أساس الخسارة ، ويتدخل القانون عادة لتقرير من يلتزم بالمصاريف (٣) •

---

(١) موريل : بند ٦٩٨ ص ٥٣٣ . وانظر : دونوفريو : جزء اول بند ٢٤٥ ص ١٨٦ .

(٢) جابيو : بند ٥٦٩ ص ٤١٠ .

(٣) كيوفندا : نظم — جزء ثان بند ٣٨١ ص ٥١٧ ووفقا للمادة ٧١ رافعات اذا ترك المدعى الخصومة او تصالح مع خصمه فى الجلسة الاولى نظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فلا يستحق على الدعوى الا ربع الرسم لمسدد .

٣٤٥ — الحكم بالمصاريف والامر بتقديرها : يصدر الحكم بالمصاريف، من تلقاء نفس المحكمة عند اصدارها الحكم المنهى للخصومة (مادة ١٨٤)(١) • وترجع هذه القاعدة الى أنه قبل صدور هذا الحكم لا يكون للخصم أن يطالب بالمصاريف ، اذ ليس له هذا الا اذا كسب الدعوى وخسرها خصمه وهو ما لا يعرفه الا بعد صدور الحكم فى الدعوى • وحتى عندما تحين لحظة النطق بهذا الحكم لا يمكن الكلام عن حق للخصم — الذى سيحكم لصالحه — فى المصاريف وانما يتحدد عندئذ فقط واجب المحكمة فى الزام الخاسر بهذه المصاريف • ورغم أن الحكم الذى يلزم الخاسر بالمصاريف لا يؤكد سبق وجود رابطة حق التزام فهو حكم الزام له القوة التنفيذية (٢) •

والأصل أن تقدر المصاريف فى الحكم الملزم بها (مادة ١٨٩) • فان كان هذا التقدير يحتاج لبعض الوقت مما قد يؤخر صدور الحكم المنهى للخصومة ، فان المحكمة تكتفى باصدار حكم الزام عام بها دون تحديد • ويقوم القاضى أو رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم حسب الاحوال بعد ذلك بتقدير المصاريف • ويكون هذا التقدير بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له بالمصاريف • ويعلن هذا الامر الى المحكوم عليه • ولا يخضع هذا الامر للسقوط الذى تنص عليه المادة ٢٠٠ اذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره (مادة ١٨٩) • ولكل من الخصوم التظلم من هذا التقدير اما بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو أمام المحضر — ولو شفويا — عند اعلان أمر التقدير • ويجب أن يحصل التظلم خلال ثمانية أيام من هذا الاعلان ، والا سقط الحق فيه • ويقدم التظلم أمام المحكمة التى أصدر رئيسها الامر • وينظر فى غرفة المشورة فى تاريخ يحدده قلم الكتاب أو المحضر عند التظلم • ويجب أن يعلن الخصوم قبل اليوم المحدد لنظر التظلم بثلاثة أيام على الاقل (مادة ١٩٠) •

---

(١) موريل : بند ٦٩٣ ص ٥٣١ . ليبمان : جزء أول بند ٨٦ ص١٦٧ .
(٢) دونوفريو : جزء بند ٢٤٧ ص ١٨٨ .

على أن التظلم على هذا النحو ، يفترض أن اعتراض الخصم ينصب على تقديرالمصاريف أى على مقدارها • فان تجاوز الاعتراض حد المقدار الى عدم الالتزام بها أصلا ، كأن يبنى المعترض اعتراضه على أن الملتزم بأداء المصاريف هو شخص غيره ، فان الدعوى فى هذه الحالة تكون دعوى براءة ذمة من الرسوم القضائية ، ولايجوز رفعها الى القضاء الا بالطريق المعتاد لرفع الدعاوى • ولهذا لا يقبل مثل ذلك الاعتراض بطريق التظلم • وعلى المحكمة أن تقضى بعدم قبول مثل هذا التظلم من تلقاء نفسها (١) •

الفصل الثانى

خصومة الطعن

المبحث الاول

قواعد عامة

٣٤٦ ــ الخطا فى الاجراء والخطا فى التقدير : قد يقع القاضى ، وهو يصدر الحكم ، فى خطأ • وهذا الخطأ يتخذ احدى صورتين (٢) :

(أ) خطأ فى الاجراء Error in procedendo ، فالحكم يعتبر عملا قانونيا يخضع لمقتضيات معينة ويجب أن تسبقه أعمال اجرائية أخرى يلزم أن تتم صحيحة ، لكى ينتج الحكم آثاره القانونية • فاذا وقع عيب فى الحكم كعمل قانونى ، سواء كان عيبا ذاتيا فيه أو فى عمل سابق عليه ترتب عليه بطلان أثر فى الحكم ، وجد ما يسمى فى الاصطلاح القانونى

---

(١) لتعلق طريقة رفع الدعاوى والطعون بالنظام العام . (استئناف القاهرة ٩ فبراير ١٩٧٠ ــ مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة ٥١ ص ٥٢١ رقم ٦٨) •

(٢) Plassard (Jean) : Des overtures communes à cassation et à requéte civile, thèse Paris 1924 p. p. 35 et s.s.

بالخطأ فى الاجراء (١) . وهذا الخطأ يوجد ولو لم ينسب أى خطـأ للقاضى ، فقد يكون راجعا الى عدم قيام أحد الخصوم بعمل اجرائى يلزم القيام به قبل الحكم (٢) .

(ب) خطأ فى التقدير Error in iudicando فالقاضى فى اصداره الحكم لايجب عليه فقط مراعاة مقتضيات صحته كعمل قانونى ، بل أنه بهذا الحكم يطبق ارادة القانون فى القضية المعينة . فاذا أخطأ فى هذا . فان هذا الخطأ يطلق عليه فى الاصطلاح القانونى الخطأ فى التقدير . ومن المقرر أن هذا الخطأ يوجد فى جميع الحالات التى يخطىء فيها القاضى فى تطبيق القانون ، سواء تعلق الأمر بخطأ فى الواقع أم بخطأ فى القانون (٣) . خطأ فى الواقع بأن كانت الواقعة لم تثبت على نحو كاف ، أو كان تقديره للواقعة الثابتة غير سليم ، أو تضمن الحكم عناصر واقعية غير سليمة . أما الخطأ فى القانون فيوجد اذا اعتبر القاضى قاعدة قانونية معينة موجودة وهى لا وجود لها أو بالعكس اعتبر قاعدة غير موجودة وهى موجودة ، أو اذا اعتبر القاعدة المجردة منطبقة على رابطةمعينة أو مركز معين لا يخضع لها (٤) . وكما ذكرنا بالنسبة للخطأ فى الاجراء ، فان الخطأ فى التقدير يتوافر ولو لم ينسب أى خطأ شخصى الى القاضى (٥) ، كما لو رجع خطأ التقدير الى اخفاء مستندات مهمة فى القضية .

٣٤٧ — نظام الطعون — لا دعاوى بطـلان ضد الاحكام : اذا شاب الحكم خطأ فى الاجـراء فان هذا الخطأ يمكن أن يؤدى الى بطـلانه . أمـا اذا كان الحكم كعمل قانونى غير معيب ولكن به خطأ فى التقدير ، فانه

---

(١) Chiovenda : Principii di diritto processuale civile Napoli 1923 p. 897 Calamendrei : La Cassazione civile, Milano 1920 V. 2 n' 79 p. 170. Vizi della Sentenza e mezzi di gravame, in : Studi Sul processo civil V. I p. 173.

(٢) كلمندريه : النقض المدنى جزء ثان بند ٧٨ ص ١٦٨ .

(٣) كيوفندا : مبادىء ص ٨٩٥ — ٨٩٦ .

(٤) كوستا : بند ٢٠٠ ص ٣٣٩ . كيوفندا : نظم جزء ثان ٣٧٨ ص ٥١٢ .

(٥) زانزوكى : : جزء ثان ص ١٧٦ . كلمندريه : النقض المدنى بنـد ٨ ص ١٧٢

ينتج آثاره القانونية ، ولكن هذه الآثار تكون غير تلك التى أرادها القانون. فالحكم رغم صحته كعمل قانونى يكون غير عادل ، اذ هو ينسب الى المشرع ارادة ليست له . وبسبب الطبيعة المزدوجة للحكم كعمل اجرائى من ناحية، وعمل يطبق ارادة القانون فى حالة معينة من ناحية أخرى ، فانه يخضع لنظام للطعن يختلف عن نظام الطعن فى الاعمال القانونية الاخرى . وذلك من ناحيتين :

(أ) أن الطعن فى هذه الأعمال يتعلق بصحتها ، فهو يرمى الى القضاء ببطلانها ، أما الطعن فى الحكم فقد يرمى الى بطلانه وقد يرمى الى تقرير عدم عدالته بصرف النظــر عن صحته .

(ب) أن الطعن فى هذه الاعمال يكون بدعوى أو بدفع مستقل عن هيكلها ، أما الحكم فلانه عمل اجرائى غير مستقل عن الخصومة التى صدر فيها فان الطعن فيه يرتبط بهذه الخصومة ويكون مرحلة منها . ومن هنا قاعدة أنه لا دعاوى بطلان ضد الأحكام (١) .

ومفاد هذه القاعدة أنه يجب التمسك بعيوب الحكم بطريق من طرق الطعن التى حددها القانون كمرحلة من الخصومة التى صدر فيها الحكم . فاذا لم يكن الحكم يقبل الطعن بأى طريق من طرقه التى نظمها القانون أو استنفدت هذه الطرق ، فانه سواء كان باطلا أم غير عادل لا يجوز المساس به عن طريق رفع دعوى بطلب بطلانه (٢) ذلك أن السماح بهذه الدعوى يخالف التنظيم القانونى لطرق الطعن باعتبارها مرحلة فى نفس الخصومة ويؤدى الى الغاء الحكم الحائز لحجية الأمر المقضى وبالتالى اهدار حجيته

(١) كذلك أيضا لا يجوز رفع دعوى بعدم نفاذ حكم تطبيقا للمادة ٢٣٧ مدنى ، اذ هذه المادة تتعلق بالتصرفات القانونية وليس بالاحكام . (نقض مدنى ١٣ ابريل ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٤ ق) .

(٢) جارسونيه وسيزار — برى : جزء ثان بند ٥٦ ص ١٠٦ . تياند : رسالة ص ١٤٧ . نقض مدنى ١٩٨١/٤/٢١ فى الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٤٥ق. ١٣ ابريل ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٤ ق . ٢٣ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٠٠ — ١٠٨٣ — (خاص بقرارات لجان الضرائب) . و ١٦ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٩٧ — ١٤٩ .

على غير النحو الذى نظمه القانون (١) • التمسك بالبطلان فى صــورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع أو طلب عارض • واذا شرع المحكوم له فى تنفيذ الحكم ، فليس للمحكوم عليه التمسك ببطلان الحكم كمنازعة فى التنفيذ •

فاذا حدث ورفعت دعوى بطلان الحكم ، وجب على المحكمة أن تقضى ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول هذه الدعوى •

على أن سريان هــذه القــاعدة على اطلاقها يؤدى بالنسبة للاحكام التى تحوز حجية الأمر المقضى الى نتيجة غير مقبولة • فهذه الحجية تعمل على استقرار المراكز القانونية على نحو معين ، ومن غير المقبــول أن تستقر هذه المراكز نتيجة لحماية منحها حكم شابه عيب من الجسامة بحيث يجعل ما ورد من تقرير قضائى غير جــدير بالاحتــرام الواجب للتقريرات القضائية • اذ يكون الحكم عندئذ غير صالح لأداء وظيفته (٢) • ولهذا من المقرر أنه حيث يوجد مثل هذا العيب ، فمن المصلحة اهدار حجية الحكم وذلك برفع دعوى ببطلانه (٣) • على أنه يلاحظ أنه اذ يتعلق الأمر بدعوى بطلان الحكم كعمل قانونى ، فان العيب الذى يبرر رفع هذه الدعوى هو دائما خطأ فى الاجراء • فالخطأ فى التقدير مهما كانت جسامته لا يؤدى الى بطلان الحكم • وبالتالى لا يجيــز رفع دعــوى ببطلانه (٤) •

=

Dèvèze (Ch.) : De la règle (voies de nullité n'ont lieu contre jugements) thèse Toulouse 1938 P. 147.

(١) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٣١١ — ٤٩

(٢) المحكمة الادارية العليا — دائرة فحص الطعون — ٢١ نوفمبر ١٩٧٠ — فى القضية رقم ١٥٠٤ لسنة ١٤ ق . وقد أخذت بالمعيار الذى قلنا به فى : نظرية البطلان — بند ٣٤٧ ص ٦٢٤ .

(٣) أنظر بالتفصيل : نظرية البطلان للمؤلف بند ٣٤٧ ص ٦٢٤ وما بعدها .

(٤) نقض ١٠ مارس ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٥١ ق . (وذلك أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم أو المخالفة القانونية التى شابته) . كونسو : قضاء ايطالى ١٩٥٥ — ٤ ص ١٢٩ — ١٣٠ .

أما الحالات التى يمكن فيها — استثناء — رفع دعوى بطلان ضد الحكم (١) بسبب أن الحكم غير صالح لاداء وظيفته فهى حالات لم يحددها المشرع مقدما ، وإنما كانت مجالا لاجتهاد الفقه والقضاء . وأهمها :

١ — صدور الحكم من شخص ليس له ولاية القضاء ، وذلك كالحكم الذى يصدر من عضو نيابة عامة لم يصدر بعد قرار جمهورى بتعيينه قاضيا (٢) ، أو الذى يصدر من شخص كان قاضيا وزالت عنه ولاية القضاء كأن يكون قد عزل أو قبلت استقالته (٣) ، أو من شخص عين قاضيا بغير الطريقة التى ينص عليها القانون ، أو عين قاضيا بطريق الخطأ(٤) . أو الحكم الذى يصدر من هيئة خولف فيها التكوين العددى كما لو كان القانون يتطلب صدور الحكم من ثلاثة مستشارين فصدر من هيئة مكونة من اثنين (٥) .

٢ — صدور الحكم فى مسألة تخرج عن ولاية القضاء كما لو صدر فى عمل من أعمال السيادة ، أو فى مواجهة شخص لا يخضع لولاية قضاء الدولة ، أو من محكمة استثنائية خارج حدود ولايتها . وقد ثار خلاف حول الحكم الذى يصدر من جهة قضاء عادية كجهة المحاكم فى مسألة

---

(١) وبالتالى يمكن التمسك به فى صورة دفع أو طلب عارض أو فى صورة منازعة فى التنفيذ . واذا حدث التمسك به فى صورة دفع ، فان هذا الدفع لا يسقط بالكلام فى الموضوع أو بعد ابدائه فى صحيفة الطعن كما ان لكل ذى مصلحة التمسك به . (نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ فى الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ ق .) .

(٢) Leone (Giovanni) : riv. it. dir, pen. 1936 no 13 p. 177.

(٣) Calda (Alberto) : Le nullita assolluta de la sentenza Estrato del'l Archivio giuridico, v. 9. Fasc. 3 — Roma 1908 —p. 23.

على أن تخلف أحد القضاة الذين أصدروا الحكم عن جلسة النطق به بسبب مانع قهرى دون أن يثبت فى الحكم انه وقع مسودته لا يجيز رفع دعوى بطلان أصلية — (نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٩٧٦ — ١٨٧) .

(٤) نقض مدنى ايطالى (الدوائر المجتمعة) ٧ فبراير ١٩٥٣ — قضاء ايطالى ١٠٥٣ — ١ —٩٥٣ وتعليق مؤيد للاستاذ مسارى .

(٥) كارنيلوتى : مجلة المرافعات (الايطالية) ١٩٥٢ — ٢ ص ١ ومابعدها.

تخرج عن ولا يتها وتدخل فى ولاية جهة قضاء أخرى أو محكمة استثنائية . ويرى البعض أن هذا الحكم يصدر من جهة لا ولاية لها ، ولهذا فانه لا حجية له أمام الجهة صاحبة الولاية (١). ولكننا نرى على العكس أن مثل هذا الحكم يصدر من جهة لها ولاية القضاء العامة ، ولهذا فان له حجية واجبة الاحترام سواء أمام الجهة التى أصدرته أو أمام الجهة الأخرى (٢) . على أننا حتى لو أخذنا بالرأى الاول ، فليس معناه امكان رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم . فالحكم له حجية أمام الجهة التى أصدرته رغم عدم ولا يتها به (٣). أما الجهة صاحبة الولاية فهى غيرمختصة بدعوى بطلان حكم صدر من جهة أخرى .

٣ ـ صدور الحكم من قاض يقوم به سبب من أسباب عدم الصلاحية (٤) .

٤ ـ اذا كان أحد طرفى الخصومة ليس له أى وجود قانونى . كما لو رفعت الدعوى من شركة لم تتكون بعد ، أو رفعت من شخص توفى قبل رفعها (٥) ، أو على شخص متوفى (٦) . ذلك أن عدم وجود أحد طرفى الخصومة يمنع الحكم من تقرير أى رابطة أو مركز قانونى بينهما (٧).

---

(١) الهيئة العامة لمحكمة النقض ٢ يوليو ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٤٦٢ ـ ١٢ . نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٤ ـ مجموعة النقض ١٥ ـ ٥٢١ ـ ١١٤ .

(٢) ليون : الحكم المنعدم ـ مشار اليه ـ بند ١٣ ص ١٤٧ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٤١٢ ـ ٥٨ .

(٤) وهى الحالة الوحيدة التى ينص عليها التشريع (مادة ٢/١٤٧ مرافعات) .

(٥) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ١١٥ لسنة ٤٦ ق . (اذا تبين موت المحكوم عليه قبل رفع الطعن ، ورفع الطعن ممن يمثله كان الطعن باطلا لرفعه ممن لا صفة له فيه ، واعتبرت خصومة الطعن معدومة لا ترتب أثرا ولا يصححها اجراء لاحق لان العبرة فى الخصومة هى بشخص الخصم لا بشخص من يمثله) .

(٦) نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ ـ الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ ق .

(٧) جلاسون : جزء ثالث بند ٧٥١ ص ٥٦ . ديفيز . رسالة مشاراليها ص ٦١ .

فاذا وجد الخصمان ، وتوفى أحدهما أو زالت شخصيته القانونية — كما لو كانت شركة صدر قرار بحلها (١) — أثناء الخصومة ، فلا يجوز رفع دعوى ببطلان الحكم (٢) .

٥ — اذا كان الحكم خاليا من أى منطوق ، أى من أى قرار ، أو اذا تضمن الحكم منطوقا متعارضا بحيث لا يعرف القرار الحقيقى (٣) .

٦ — اذا لم يكتب الحكم (٤) ، أو اذا كتب الحكم دون أن يوقعه رئيس الدائرة . ذلك أن الكتابة لا تدل على اصرار كاتبها عليها دون توقيعه . هذا فضلا على أن توقيع الحكم هو الدليل الوحيد على صدوره من قاض . فعدم توقيع الحكم يعادل صدوره من شخص ليس لديه ولاية القضاء (٥) .

٧ — مخالفة مبدأ المواجهة : كما لو صدر الحكم على خصم لم يعلن بصحيفة الدعوى (٦) أو خلت الصحيفة المعلنة من تحديد جلسة لنظر الدعوى مما حال بينه وبين الحضور أمام المحكمة (٧) . أو ضد شخص

---

(١) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٧٦ — مجموعة النقض ١٨ — ١٠٤ — ١٦

(٢) نقض مدنى ١٩ أبريل ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ٥٢٧ . ولكن ما الحل اذا رفعت دعوى من أو ضد من لا يمثل الخصم تمثيلا صحيحا يفهم من حكم نقض مدنى ٧ مارس ١٩٧٢ (مجموعة النقض ٢٣ — ٣١١ — ٤٩) انه اذا ثبت هذا فانه يمكن رفع دعوى بطلان اصلية .

(٣) ديفيز : رسالة مشار اليها ص ٦٠ — ٢٦ . جلاسون : جزء ثالث بند ٧٥١ ص ٦٢ .

(٤) جلاسون : جزء ثالث بند ٧٥١ ص ٥٦ ، ديفيز : رسالةاليها ص ٦٢ .

(٥) ديفيز : رسالة مشار اليها ص ٦٥ — ٦٦ . ساتا : المرافعات بند ١٣٩ ص ١٨٦ .

(٦) نقض مدنى ٢١ ابريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٥ ق . (يترتب على عدم اعلان صحيفة دعوى عدم انعقاد الخصومة ، ويعتبر الحكم الصادر فيها منعدما) .

(٧) نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٤٨ ق . أما اذا أعلن لجلسة معينة أمام محكمة معينة ، فانه أيا كان العيب الذى شاب الاعلان ، فلا يجوز التمسك ببطلان الحكم الصادر فى الخصومة بدعوى بطلان (نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٧٠ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٥ ص ٢١٠) .

استعمل آخر اسمه وحضر بدلا منه لكى يصدر الحكم ضد الخصم دون سماع دفاعه • فى هذه الحالة من المقرر أنه اذا لم يكن هناك أى طريق طعن ضد الحكم ، فيمكن رفع دعوى ببطلانه • ولكن اذا كان القانون يسمح بالطعن فى الحكم ، وأعلن الخصم بالحكم ولكنه فوت الفرصة ولم يطعن فيه ، فانه لا يستطيع أن يرفع دعوى ببطلانه (١) •

وترفع دعوى البطلان الاصلية أمام المحكمة التى أصدرت الحكم أيا كانت سواء محكمة أول درجة أو محكمة استئناف أو محكمة النقض (٢) • ويمكن التمسك بهذا البطلان أيضا فى صورة دفع (٣) أو طلب عارض •

٣٤٨ ــ طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية : تنقسم طرق الطعن الى طرق طعن عادية وطرق طعن غير عادية • وليس أساس التفرقة بين الطريقين هو شيوع الطريق العادى وعدم شيوع الطريق غير العادى ، وانما أساسها اختلاف طبيعة الطريق والهدف من تنظيمه (٤) • فطرق الطعن العادية لا تنظر الى عيوب معينة فى الحكم وانما ترمى الى طرح النزاع الذى فصل فيه الحكم مرة أخرى على القضاء وذلك سواء كان الحكم المطعون فيه معيبا أم غير معيب • وعلى العكس ترمى طرق الطعن غير العادية الى الطعن بمعناه اللفظى أى الى اعلان عيب معين فى الحكم ، وبهذا تشبه دعاوى الطعن فى الاعمال القانونية فى القانون الخاص (٥) •

وللتفرقة بين طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية النتائج العملية الآتية (٦) •

---

(١) كالدا : البطلان ــ مشار اليه ــ ص ٢١ ــ ٢٢ . القاهرة الابتدائية ٢٣ فبراير ١٩٥٣ ــ المحاماة ٣٣ ــ ١٣٠٠ ــ ٥٦٣ .

(٢) بالتفصيل : نظرية البطلان للمؤلف بند ٣٥٨ ص ٦٣٩ .

(٣) نقض مدنى ٢١ أبريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٥ ق .

(٤) كوستا : بند ٣٢١ ص ٣٦٧ .

(٥) زانزوكى : جزء ثان ص ١٧٥ ــ ١٧٦ .

(٦) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٨٥ ص ٥٢٣ . موريل : بند ٦٠٥ ص ٤٧٣ .

(أ) لأن طريق الطعن العادى لا يفترض عيبا معينا فى الحكم ، بل يفترض عدم عدالته وهى ـــ من وجهة نظر الطاعن ـــ تتركز فى خسارته للقضيـــة ، فان للطاعن بطريق عادى أن يطعن فى الحكم لمجرد أنه خسر القضية ، أما الطاعن بطريق غير عادى فان القانون يحصر حقه فى الطعن بحالات معينة تتعلق بعيوب فى الحكم ، ولا يكون له الحق فى الطعن الا اذا أثبت توافر حالة من هذه الحالات •

(ب) لأن الطعن العادى يرمى الى تأكيد عدالة الحكم ، فان القاضى الذى ينظر الطعن تكون له نفس سلطات القاضى الذى أصدر الحكـــم المطعون فيه • أما الطعن غير العادى فلانه يرمى الى معالجة عيوب محددة ، فان سلطات القاضى تكـــون ـــ عادة ـــ محددة تقتصر على ازالة هـــذه العيوب •

(جـ) لأن الطعن العادى يؤدى الى طرح النزاع مرة أخرى أمـــام القضاء ، فان الحكم الذى يصدر فى النزاع مرة ثانية يكون هو الحكم الوحيد ذو الفاعلية فليس من المفيد علاج مافى الحكم الذى صدر أولا من عيوب • ومن هنا من المقرر انه ما دام الحكم قابلا للطعن العادى فانه لايقبل الطعن بطريق غير عادى •

وقد كان القانون المصرى قبل مجموعة ١٩٦٨ يعرف طريقين للطعن العادى فى الاحكام الصـــادرة فى المواد المدنية والتجارية هما المعـــارضة والاستئناف • فلما صدرت مجموعة ١٩٦٨ عدلت قواعد الحضور والغياب على نحو لم يعد يصدر معه حكم غيابى ، وبالتالى لم يعد هناك مجال لطريق المعارضة • ولم تعد المعارضة مقبولة الا بالنسبة للاحكام الصادرة فى مواد الأحوال الشخصية التى يحكم حضور وغياب الخصوم فيها نص المادة ٨٧١ مكرر من مجموعة المرافعات لسنة ١٩٤٩ (١) • ولهـــذا فان مجموعة ١٩٦٨ لم تشتمل على الفصل الخاص بالمعارضة ، ولكنها أشارت

---

(١) وهى مازالت سارية وفقا للمادة الاولى من قانون اصدار مجموعة المرافعـــات .

فى المادة الأولى من قانون اصدارها الى بقاء نصوص مجموعة ١٩٤٩ بشأن المعارضة معمولة بها ، لكى تحكم ما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية .

أما طرق الطعن غير العادية ، فيعرف القانون المصرى منها طريقين هما التماس اعادة النظر وطريق النقض . وقد كانت مجموعة ١٩٤٩ تعرف طريقا ثالثا هو طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، ولكن مجموعة سنة ١٩٦٨ ألغته وأدمجت بعض أحواله فى أسباب التماس اعادة النظر .

وعلى أية حال ، فمن المقرر أن طرق الطعن ترد فى التشريع على سبيل الحصر (١) . فلا يجوز الطعن فى الحكم بطريق لم ينظمه القانون ولايجوز سلوك طريق نظمه القانون الا للطعن فى الاحكام التى أجاز القانون الطعن فيها به . فاذا خولفت هذه القاعدة كان الطعن غير مقبول ، وتعين على المحكمة الحكم بعدم قبوله من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام (٢) .

وتنقسم الاحكام من حيث قابليتها للطعن الى أحكام ابتدائيةوأحكام نهائية (أو انتهائية) وأحكام باتة . الحكم الابتدائى هو الذى يقبل الطعن فيه بالاستئناف ، أما الحكم الذى لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ، سواء أصلا أو لفوات ميعاد الطعن فيه فهو حكم نهائى . وهو يعتبرنهائيا ولو كان يقبل الطعن فيه بالمعارضة أو بالتماس اعادة النظر أو بالنقض . أما الحكم البات فهو الحكم الذى لا يقبل الطعن فيه بأى طريق . وقد يكون باتا منذ صدوره ، وقد يصبح كذلك لفوات مواعيد الطعن فيه .

٣٤٩ – عدم جواز الطعن على استقلال فى الاحكام غير المنهية للخصومة :

قبل صدور الحكم المنهى للخصومة ، قد تصدر فى الخصومة أحكام أخرى غير منهية للخصومة سواء تعلقت بالاجراءات أو بالدعوى أو بموضوعها . وتثور مشكلة حول جواز الطعن فى أى حكم من هذه

---

(١) موريل : بند ٦٠٣ ص ٤٧٢ .

(٢) نقض – احوال شخصية – ١٣ مايو ١٩٧٦ – مجلة ادارةالقضايا ١٩٧٧ – عدد ٤ – ص ١٦٨ رقم ٨ .

الأحكام فور صدورها ، قبل صدور الحكم المنهى للخصومة . اذا قيل باجازة الطعن فى الحكم غير المنهى للخصومة فور صدوره (١) ، فان هذا الحل قد يؤدى الى الغاء هذا الحكم من محكمة الطعن فى الوقت الذى تستمر فيه الخصومة الاصلية . ويؤدى الغاء هذا الحكم غير المنهى للخصومة الى زوال أى حكم آخر لاحق عليه يفترض صدوره . ولا يخفى ما يترتب على ذلك من اضاعة للوقت والنفقات . قد يقال ان علاج هذه المشكلة هو وقف الخصومة الاصلية الى حين الفصل فى الطعن فى الحكم غير المنهى للخصومة ، ولكن يترتب على هذا تأخير الفصل فى الخصومة لما تستغرقه اجراءات الطعن من وقت . هذا فضلا عما يؤدى اليه هذا الحل من تشتيت القضية الواحدة بين أكثر من محكمة .

والحل الذى رآه المشرع المصرى فى هذا الصدد هو أنه كقاعدة عامة لا يجوز الطعن فورا فى الحكم غير المنهى للخصومة ، بل يسكن الطعن فيه فقط مع الحكم المنهى للخصومة أو بعده (مادة ٢١٢) . والمقصود بالحكم المنهى للخصومة فى هذا الصدد هو الحكم المنهى للخصومه الأصلية (٢) كلها . وعلى هذا اذا انتهت الخصومة كلها سواء بالفصل فى

---

(١) وهذا هو الحل الذى كان يأخذ به القانون الجرمانى . كيوفندا نظم جزء ثان بند ٣٩٠ ص ٥٣٨ .

(٢) فليس المقصود الحكم المنهى لاية مسألة فرعية ثارت أثناء الخصومة الاصلية (نقض مدنى أول فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٨٤ — ٢٩) ، بل الحكم المنهى للخصومة الاصلية كلها . وينظر فقط الى الخصومة — بمعناها الفني — أمام المحكمة التى يراد الطعن فى حكمها ، وليس الى النزاع فى مرحلة سابقة . ولهذا اذا حدث وصدر حكم فى شق من خصومة وطعن فيه على استقلال لاندراجه ضمن الاحكام التى يجوز الطعن فيها استقلالا ، أو طعن فى جزء مما قضى به الحكم فى القضية ، فان ولاية محكمة الطعن تنحصر فيما يطرح امامها ويكون هذا هو نطاق الخصومة لديها . فالحكم الصادر منها فى الطعن يعتبر منهيا لكل الخصومة (أنظر : نقض مدنى ١١ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٢٧٧ — ٤٥) .

وفى حكم للهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية (١٣ فبراير ١٩٨٤ — فى الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٤٩ ق .) . أن « الخصومة التى ينظر الى انتهائها اعمالا لنص المادة ٢١٢ من قانون المرافعات هى الخصومة الاصلية المرددة بين طرفى التداعى ، وأن الحكم الذى يجوز الطعن فيه تبعا لذلك هو الحكم الذى تنتهى به الخصومة الاصلية برمتها وليس الحكم الذى يصدر فى شق منها ، أو فى مسألة عارضة عليها ، أو متصلة بالاثبات فيها ،

جميع الطلبات المقدمة فيها ، أو بأى حكم منهى للخصومة كلها دون فصل فى الدعوى كالحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص بالدعوى (١) (دون احالة) (٢) أو بسقوط الخصومة ، فان هذا الحكم يقبل الطعن فورا اذ هو منه للخصومة (٣) . أما الأحكام التى تصدر

=

ولا يعتد فى هذا الصدد بالخصومة حسب نطاقها الذى رفعت به أمام محكمة الاستئناف » . وهذه العبارة الاخيرة ليست دقيقة ، فالعبرة — كما ذكرنا — بالخصومة كما طرحت أمام المحكمة التى يراد الطعن فى حكمها . ولهذا اذا قضت محكمة الآستئناف بعدم جواز الاستئناف قبل صدور الحكم المنهى للخصومة كلها من محكمة أول درجة ، فان حكم الاستئناف يجوز الطعن فيه بالنقض استقلالا اذ هو أنهى الخصومة أمام الاستئناف رغم أن الخصومة الاصلية لا زالت أمام أول درجة (نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٣٦ ق .) .

(١) نقض مدنى ١٥ يونيو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٢٩٨ — ١٩٧ .

(٢) اما اذا كان الحكم قد صدر بعدم الاختصاص والاحالة فانه لايعتبر منهيا للخصومة . حقيقة انه قد انهى الخصومة امام المحكمة التى اصدرته ، ولكن اجراءات الخصومة تبقى مستمرة امام المحكمة المحال اليها الخصومة. والدليل على ان الامر يتعلق بنفس الخصومة انها تنتقل الى المحكمة المحال اليها بحالتها . ولهذا فان الحكم بعدم الاختصاص والاحالة لا يقبل الطعن فورا . ولا يمكن القول بقابليته للطعن على اساس أنه حكم قطعى ، فهذا القول أن صح فى ظل القانون الملغى (انظر : نقض مدنى ٦ أبريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٦٥٧ — ١٠٣) لا يصح فى ظل القانون الجديد اذ لا يقبل الطعن الفورى كقاعدة الا الحكم المنهى للخصومة كلها . وأنظر تأييدا لوجهة نظرنا : نقض — الدائرة العمالية — ٢٠ يناير ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٤٣ ق (غير منشور) وقد جاء به « الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى وباحالتها الى المحكمة المختصة لا يعتبر منهيا للخصومة كلها ، ذلك انه لئن كان يتضمن قضاء بعدم اختصاص المحكمة التى تنظر الدعوى فهو فقط ينهى الخصومة امامها بيد انه يتضمن أيضا قضاء بالاحالة وباختصاص المحكمة المحال اليها الدعوى يترتب عليه استبقاء ذات الخصومة أمام هذه المحكمة الاخيرة وامتدادها لديها ، ذلك ان الخصومة ذاتها تنتقل أمام هذه المحكمة المحال اليها بحالتها » .

كذلك لا يعتبر حكما منهيا للخصومة ، ولا يقبل الطعن الفورى ، الحكم بالاحالة من دائرة بالمحكمة الى دائرة اخرى فى نفس المحكمة . (نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ٤٥ ق) .

(٣) والفرض أن الحكم المنهى للخصومة قد أنهاها كلها ، وليس جزءا منها فقط . يستوى ان يكون الحكم فاصلا فى الموضوع أم صادرا قبل الفصل فى الموضوع . ولهذا فان الحكم بعدم الاختصاص لا يقبل الطعن الفورى الا اذا كان حكما بعدم الاختصاص بجميع الطلبات فاذا صدر حكم بعدم

=

أثناء سير الخصومة دون أن تنهيها كلها سواء تعلقت بالاجراءات (١) أو بمسألة فرعية متعلقة بالاثبات (٢) ، أو بجواز قبـول الدعوى (٣) أو

= الاختصاص ببعض الطلبات ، واستبقت المحكمة باقى الطلبات للفصل فى موضوعها ، فان الحكم بعدم الاختصاص هذا لا يقبل الطعن الفورى . (عكس هذا : نقض مدنى ١٧ـ ١١ ـ ١٩٧٦ فى الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ق وقد استندت المحكمة الى أن الحكم بعدم الاختصاص ببعض الطلبات «منه للخصومة ومنه لها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم الاختصاص ولن يعقبه حكم فى موضوعه » واضافت « ... لما كان ذلك وكان البين ان الدعوى الماثلة قد انتهت فيها محكمة الموضوع الى القضاء بعدم اختصاصها الولائى فى شأن طلب تحديد الاجرة وتختص بها مجالس المراجعة ـ المنشأة بالقانون ١٨ ـ ٨ ـ ١٩٦٩ ويتظلم امامها فى قرارات لجان المراجعة ـ فانها تكون قد انهت الخصومة فى هذا الشق من الدعوى ولن يتلوه حكم فى موضوع تحديد الاجرة بالذات . ولن يغير من ذلك أن تكون محكمة الموضوع قد ندبت خبيرا لتحقيق فروق الاجرة السابقة اذ انه لا ينفى أن المنازعة فى تحديد الاجرة قد بت فيها القضاء بعدم الاختصاص وانتهت الخصومة فى خصوصه »).

(١) ومن هذه وفقا لاحكام النقض المصرية : الحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص (٣٠ مايو ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٠٧٤ ـ ١٥٩) ، ولو كان قد حسم مسألة وحدة السبب القانونى للطلبات المقدمة (٣ يناير ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ٣ ـ ١ .) والحكم برفض الدفع ببطـلان صحيفة الدعوى ، او صحيفة تعديل الطلبات (١٩ مارس ١٩٧٠ ـ مجموعة النقض ٢١ ـ ٤٨٤ ـ ٧٨) . والحكم برفض الدفع بسقوط الخصـومة (١٠ مارس ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٥٤٢ ـ ٧٤) . والحكم برفض الدفع بسقوط الاستئناف (١٨ فبراير ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ١٩٧ ـ ٣١) والحكم بانقطاع سـير الخصـومة (نقض مدنى ٢٨ ـ ٣ ـ ١٩٧٨ ـ فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٤ ق) والحكم بشـطب الدعوى (نقض ايجارات ١٣ ـ ١ ـ ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٩٨٥ لسنة ٤٦).

(٢) ومن هذه الحكم بتوجيه اليمين المتممة (٣ مايو ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ٥٧١ ـ ٨٦) . والحكم الصادر بندب خبير (٣١ ديسمبر ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٦٠٠ ـ ٢٤٤) والحكم الذى يفصل فى الادعاء الفرعى بالتزوير (١٩ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٩١٤ ـ ١٤٩ . و ٣٠ يناير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١٢٤ ـ ٢٤ . و ٨ يناير ١٩٧٠ ـ مجموعة النقض ٢١ ـ ٣٩ ـ ٧) . أو الحكم بجواز الاثبات بدليل معين (نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٣٤٢ ـ ٦٠) .

(٣) كالحكم برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة (١٧ يناير ١٩٦٣ مجموعة النقض ١٤ ـ ١٣٠ ـ ١٤) أو برفض الدفع بالتقادم (١٠ فبراير ١٩٧٠ مجموعة النقض ٢١ ـ ٢٧١ ـ ٤٤) .

بموضوع النزاع (١) ، فانها لا تقبل الطعن الفورى ، وانما يمكن الطعن فيها مع الحكم المنهى للخصومة أو بعد الطعن فيه . فاذا طعن فيها استقلالا قبل صدوره أو دون الطعن فيـه ، وجب على محكمة الطعن أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم جواز هذا الطعن (٢) . ويكون الأمر كذلك أيا كان طريق الطعن سواء كان عاديا أم غير عادى ، وأيا كان سبب الطعن (٣) .

وتسرى هذه القاعدة ، ولو تعدد أطراف الخصومة وكان تعـددهم بعد بدء الخصومة ، فينظر الى الخصومة برمتها وليس الى ما يتعلق بخصم على حدة أو الى الخصومة عند بدئها . وتطبيقا لهذا حكم بأن القضاء بانقضاء الدعوى بالتقادم قبل أحد الخصوم وتحديد جلسة لنظـر الدعوى بالنسبة لباقى الخصوم يعتبر قضاء غير منه للخصومة ولا يجوز الطعن فيه على استقلال (٤) . كذلك اذا صدر حكم فى الدعوى الاصلية وأرجأت

---

(١) ذلك ولو كان الحكم قطعيا حسم النزاع بالنسبة لشق من الموضوع (نقض مدنى أول ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٧٣٢ — ١٤٣) . أو كان قد فصل فى أحد الطلبات الموضوعية التى تتضمنها القضية . (نقض مدنى ٤ مايو ٩١٨١ فى الطعن رقم ١٤٥٥ لسنة ٤٨ ق اذا كانت الدعـوى هى بتصفية الشركة ، وكان الحكم قد اقتصر على القضـاء بحـل هـذه الشركة ووضعها تحت التصفية وتعيين مصف يتولى القيام بأعمال التصفية ، فهو قضاء لا تنتهى بها الخصومة كلها اذ يبقى قيام المصفى بتصفية أموال الشركة وبيان نصيب كل من الشركة فى نتيجة التصفية وصدور حكم ختامى باعتماد هذه النتيجة) . وفى هذا يختلف الحل وفقا للمادة ٢١٢ مرافعات جديدة عما استقرت عليه محكمة النقض فى تطبيقها للمادة ٣٧٨ من مجموعة ١٩٤٩ ولهذا فانه يجب القول الان — على عكس ما ذهبت اليه محكمة النقض فى ظل المجموعة الملغاة — ان الحكم اثناء الخصومة بتقرير مسئولية المدعى عليه ، أو باستحقاق المدعى للمكافأة ، أو بتكييف العقد اساس الدعوى ، أو بتقرير قيام شركة بين الخصمين أو بتحديد القانون الواجب التطبيق لا يجوز الطعن فيه على استقلال قبل الحكم المنهى للخصومة كلها .

(٢) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٣ ق . و ٨ يناير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣٩ — ٧ .

(٣) نقض مدنى ٢٢ ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٨٠٨ — ١٥٨ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٢٩ — فى الطعن رقم ٨٤ لسنة ٤٠ ق . وأن الحكم ببراءة ذمة رب العمل قبل هيئة التأمينات من مبالغ الاشتراكات وندب خبير تمهيدا للفصل فى الدعوى الفرعية المقامة من الهيئة قبل الخصم =

المحكمة الفصل فى طلب الضمان ، فان الحكم فى الدعوى الأصلية لايقبل الطعن على استقلال من الضامن الا بعد الحكم الصادر فى طلب الضمان اذ هو الذى ينهى الخصومة كلها (١) .

على أنه يلاحظ أنه اذا ضمت دعويان لنظرهما معا تيسيرا للاجراءات فان ضمهما لا يؤدى الى اندماج احداهما فى الأخرى ولو اتحد الخصوم فيهما ، ولهذا فان صدور الحكم فى احداهما ينهى الخصومة المتعلقة بهذه الدعوى . فيجوز الطعن فى الحكم الفاصل فى هذه الدعوى دون انتظار الحكم فى الدعوى الأخرى (٢) . ويختلف الحل اذا كان موضوع الطلب فى احدى الدعويين هو ذات الطلب فى الدعوى الأخرى ، واتحدا خصوما وسببا . ومثاله ضم دعويين احدهما بصحة العقد والأخرى بتزويره أو بطلانه . كذلك اذا كان الفصل فى أحد الطلبين يعتبر أساس الفصل فى الطلب الآخر . ومثاله دعوى أحد الطرفين ضد الآخر بتثبيته مصفيا للشركة ودعوى الآخر ضده بتقديم كشف حساب عن مدة ادارته لاعمال التصفية . ففى هذه الاحوال، يتعلق الأمر بنزاع واحد وان اتخذ وجهين مختلفين. فاذا صدر الحكم — بعد الضم — فى دعوى التزوير الأصلية قبل الفصل فى دعوى صحة العقد ، فانه يعتبر حكما صادرا قبل الفصل فى الموضوع غير منه للخصومة فلا يجوز الطعن فيه على استقلال (٣) . كذلك اذا صدر حكم برفض طلب الخصم تثبيته مصفيا للشركة ، وظل طلب الزامه بتقديم كشف حساب مطروحا ، فلا يجوز الطعن فى الحكم على استقلال (٤) . ونفس الامر اذا كان موضوع أحد الطلبين هو بثبوت ملكية الطالب لحصة شائعة فى العقار ، وكان الطلب الثانى الخاص بطلب ثبوت الحق فى وضع اليد على

= المدخل لالزامه بذات المبلغ يعتبر قضاء غير منه للخصومة كلها ولا يجوز استئنافه استقلالا (نقض مدنى ١٢ أبريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٣٦ ق .

(١) نقض مدنى ٨ يناير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٥ — ٣٥ .

(٢) نقض مدنى ١٩٧٨/٦/٢٧ — فى الطعن رقم ٢٦٩ لسنة ٤٥ ق .

(٣) نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٩٦ — ١٧٢ .

(٤) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٣ ق .

الشقة محل التداعى يستند الى الطلب الاول ، فان الفصل فى الطلب الاول ، وحده لا ينهى الخصومة كلها ، ولايجوز الطعن فيه على استقلال (١) واعمالا للهدف من هذه القاعدة ، يجب القول بأنه اذا كانت محكمة الطعن قد أصدرت حكما منهيا للخصومة أمامها وأحالت الدعوى الى المحكمة المطعون فى حكمها لنظر الدعوى من جديد ، فان حكم محكمة الطعن لا يجوز الطعن فيه فورا اذ هو لم ينه الخصومة . وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بالغاء الحكم الابتدائى باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، واعادة الدعوى الى محكمة أول درجة للفصل فيها لا يجوز الطعن فيه فورا رغم أنه قد أنهى الخصومة كلها أمام محكمة الاستئناف (٢) . كذلك الأمر اذا كانت محكمة أول درجة قد قبلت الطلب الأصلى ولم تنظر الطلب الاحتياطى ، فالغت محكمة الاستئناف الحكم فى الطلب الأصلى وأحالت الطلب الاحتياطى الى محكمة أول درجة للفصل فيه . فان حكم محكمة الاستئناف لا يجوز الطعن فيه على استقلال (٣) .

وعلى العكس ، فانه اذا كانت محكمة الاستئناف قد أنهت الخصومة أمامها ولم تقم بالاحالة الى محكمة أول درجة فان الحكم الذى أنهى الخصومة أمام محكمة الاستئناف يقبل الطعن فيه فورا بصرف النظر عن بقاء الخصومة أمام محكمة أول درجة . وتطبيقا لهذا حكم بأن قضاء محكمة الاستئناف بعدم جواز الاستئناف لرفعه قبل صدور الحكم المنهى للخصومة كلها أمام محكمة أول درجة،يقبل الطعن فورا بطريق النقض(٤).

ويلاحظ أن الطعن فى الحكم غير المنهى (مع الحكم المنهى أو بعده) يفترض قابليته فى ذاته للطعن بطريق الطعن المرفوع ضده ، كما أنه يفترض قابلية الحكم المنهى للخصومة للطعن بنفس الطريق (٥) . فاذا لم يكن

(١) نقض ١٩٨١/١١/٢٦ فى الطعن رقم ١٧٦٤ لسنة ٥٠ ق .
(٢) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٦٠ لسنة ٤٣ ق .
وايضا حكم اخر فى نفس الجلسة فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٣ ق .
(٣) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٤١٠ — ٢٣٩ .
(٤) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٣٦ ق .
(٥) ويأخذ الحكم غير المنهى الذىلايقبل الطعن على استقلال وصف=

الحكم المنهى قابلا للطعن فيه ، فلا يجوز الطعن فى الحكم غير المنهى ولو بعد صدور الحكم المنهى ، اذ من شأن هذا أنه لو ألغى الحكم غير المنهى من محكمة الطعن فان الغاءه يؤدى الى زوال الحكم المنهى المعتمد عليه وقد صدر غير قابل للطعن فيه بهذا الطريق . ومن ناحية أخرى ، فان الحكم غير المنهى لا يطعن فيه — ولو بعد انتهاء الخصومة — على استقلال ، بل يجب أن يطعن فيه مع الحكم المنهى ، أو على الاقل أن يكون قد طعن فى الحكم المنهى بنفس الطريق . ويجب عندئذ أن يحصل الطعن فى الحكم غير المنهى فى ميعاد الطعن فى الحكم المنهى (١) ، (٢) . والا كان الطعن فى الحكم غير المنهى غير مقبول . ولا يغير من هذا الامر صدور الحكم

=

الحكم المنهى . فاذا كان الثانى لا يقبل الاستئناف ، فان الاول يعتبر كذلك منذ صدوره وبالتالى يعتبر منذ صدوره حائزا لقوة الأمر المقضى . وعلى العكس اذا كان الثانى يقبل الاستئناف ، فان الأول يعتبر غير حائز لقوة الامر المقضى عند صدوره رغم عدم قابليته للطعن بالاستئناف على استقلال ، اذ هو يقبل الاستئناف مع الحكم المنهى للخصومة . انظر : نقض ايجارات ٥ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٤٨ ق).

(١) نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٠٦٣ — ١٥٧ . و ٨ يناير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٥ — ٣٥ . (ميعاد الطعن من الضامن فى الحكم الصادر فى الدعوى الاصلية لا يبدأ الا من تاريخ الحكم فى طلب الضمان المنهى للخصومة كلها) . واذا كان الحكم غير المنهى قد صدر مستقلا عن الحكم المنهى ، فانه يمكن عند الطعن فيه مع الحكم المنهى ، توجيه أسباب الطعن للحكم غير المنهى وحده (نقض عمال ٢٤ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٤٦ ق .) .

(٢) على أنه اذا صدر الحكم المنهى لصالح خصم غير الذى صدر لصالحه الحكم غير المنهى ، فان الطعن فى هذا الأخير جائز ولو لم يطعن فى الحكم الأول او لم يكن قابلا للطعن فيه ، وذلك اذا كان الحكم غير المنهى يحوز حجية الأمر المقضى خارج الخصومة التى صدر فيها . ومثاله ان يطلب المدعى تقرير قيام شركة بينه وبين المدعى عليه والزام المدعى عليه بدين معين ناشىء عن هذه الشركة ، فيصدر الحكم بتقرير قيام الشركة وبرفض دعوى الالزام . فعندئذ للمدعى عليه أن يطعن — بعد صدور الحكم المنهى — فى الحكم بتقرير قيام الشركة ولو لم يطعن المدعى فى حكم رفض دعوى الالزام . أو أن ترفع دعوى استنادا الى عدة ادلة بينها محرر ، فيتمسك المدعى عليه بتزوير المحرر فيقضى بتزويره ويحكم فى الدعوى الأصلية لصالح المدعى استنادا الى أدلة أخرى . فعندئذ للمدعى فى الدعوى الأصلية ان يطعن فى الحكم القاضى بتزوير المحرر ولو لم يطعن الطرف الآخر فى الحكم المنهى للخصومة الصادرة ضده .

المنهى للخصومة فى تاريخ لاحق لرفع الطعن عن الحكم غير المنهى وقبل الفصل فى هذا الطعن ، فيبقى هذا الطعن غير مقبول (١) .

٣٥٠ — جواز الطعن فى الخصم غير المنهى استثناء : يجيز القانون المصرى الطعن استثناء فى الأحكام غير المنهية للخصومة دون انتظار صدور الحكم المنهى للخصومة كلها . وذلك فى الحالات الآتية (مادة ٢١٢) :

(أ) الأحكام الوقتية : أى الأحكام التى تصدر فى دعاوى وقتية مرفوعة تبعا للدعوى الأصلية (٢) . ذلك أن الحكم الفاصل فى الدعوى الموضوعية لا يمكن أن يتأثر بالحكم الصادر فى الدعوى الوقتية اذ هى مختلفة عنها ، فلا فائدة من تأجيل الطعن فى هذا الأخير الى حين صدور الحكم فى الموضوع المنهى للخصومة .

(ب) الأحكام الصادرة بوقف الخصومة : ويقصد بها الأحكام بالوقف فلا ينطبق الاستثناء على الحكم برفض طلب الوقف أو الحكم بالغاء الوقف واعادة الدعوى الى محكمة أول درجة للفصل فى موضوعها . (٣) ، (٤) . وعلة الاستثناء هو أنه اذا وقفت الخصومة تنفيذا لهذا الحكم ، فانضررا حالا يصيب الخصوم من هذا الحكم . ومن ناحية أخرى ، فان الخصومة الواقفة لا يمكن أن تنتهى — ما دام الوقف — بحكم فاصل فى الدعوى .

---

(١) نقض تجارى ٢٥ يناير ١٩٨٢ فى الطعنين رقمى ٤١١ و ٤٢ لسنة ٤٠ ق .

(٢) ويأخذ حكمها الحكم الوقتى الصادر فى التظلم من امر الحجز (نقض مدنى ١٩٧٨/٤/٦ فى الطعن رقم ٨٦ لسنة ٤٥) . والحكم بوقف التنفيذ من محكمة الاستئناف وفقا للمادة ٢٩٢ . (عكس هذا : استئناف القاهرة ٢٩ يناير ١٩٧٠ فى القضية رقم ١٩٤٥ لسنة ٨٦ ق).

(٣) عكس هذا : نقض مدنى ٢٥ ابريل ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٦٢٠ — ٨٧ . وهذا الحكم محل نظر اذ النص يورد استثناء متعلقا بالاحكام الصادرة بالوقف فقط . هذا فضلا عن ان علة الاستثناء — بفرض امكان القياس عليه — غير متوافرة بالنسبة للحكم برفض الوقف . وقد أحسنت محكمة النقض اذ عدلت حديثا عن رأيها لنفس ما أبديناه من أسباب (نقض مدنى ١٩٨١/٦/٦ فى الطعن رقم ١٧٢٠ لسنة ٥٠ ق . و ٢٨ /٢ لسنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٠ ق) .

(٤) لا يمتد الاستثناء الى الحكم بانقطاع الخصومة (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٤ ق) .

ومن غير المعقول حرمان الخصم طالب الحماية القضائية من هذه الحماية بالزامه بانتظار نهاية الخصومة دون تحقيق هدفها ، لكى يمكنه الطعن فى حكم الوقف .

(جـ) حكم الالزام القابل للتنفيذ الجبرى (١) ولو فى أحد الطلبات (عند تعددها) أو فى جزء من الطلب : وعلة هذا الاستثناء هو أن انتظار الحكم المنهى للخصومة يضر بالمحكوم عليه بالحكم غير المنهى اذ يتعرض فورا لتحمل اجراءات التنفيذ الجبرى . ويعتبر كذلك حكم الاستئناف الذى يلغى حكم أول درجة اذا كان هذا الاخير معجل النفاذ وتم تنفيذه(٢) ويلاحظ أن الحكم يجب أن يكون حكم الزام أى يتضمن الزام المحكوم عليه بأداء معين . فاذا لم يكن كذلك كما هو الحال بالنسبة للحكم التقريرى أو الحكم المنشىء فانه لا يعتبر سندا تنفيذيا ، ولا ينطبق عليه الاستثناء(٣)

---

(١) وتعرفها محكمة النقض كالآتى : « يقصد بالأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى فى معنى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات أحكام الالزام التى تصدر فى طلب موضوعى لاحد الخصوم وتكون قابلة للتنفيذ جبرا سواء بحكم القواعد العامة أو بمقتضى قواعد النفاذ المعجل » . وأضافت أن « الأحكام الالزام التى يقتصر التنفيذ الجبرى عليها هى تلك التى تتضمن الزام المدعى عليه بأمر معين يقبل التنفيذ الجبرى بحيث لا تقتصر على تقرير حق أو مركز قانونى أو واقعة قانونية بل تتعدى الى وجوب أن يقوم المدعى عليه بعمل أو أعمال لصالح المحكوم له . فان نكل عن ذلك حلت الدولة فى اضفاء الحماية القانونية عليه بطريق التنفيذ بوسائل القوة الجبرية » (نقض ١٩٨١/١٢/١٢ فى الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٤٠ ق) .

(٢) نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٠٢٧ — ١٩٦ . و ٢٥ نوفمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٢٧٨ — ٢٨١ .

(٣) نقض ٢١ مارس ١٩٧٩ ، فى الطعن رقم ٧ لسنة ٤٧ ق . احوال شخصية . (اذا اقتصر الحكم على القضاء بصحة ونفاذ اقرار الوصية دون أن ينهى الخصومة التى طلب فيها أيضا تحديد أعيان التركة التى تنفذ فيها الوصية ، فهو لا يعتبر من أحكام الالزام القابلة للتنفيذ الجبرى . فيكون الطعن فيه غير جائز الا مع الحكم المنهى للخصومة برمتها) . ويلاحظ أن الحكم برفض شق من الطلب ، ولو كان هذا الطلب طلب الزام ، يعتبر حكما تقريريا ولهذا فانه لايقبل التنفيذ الجبرى ، ولا يجوز الطعن فيه على استقلال (نقض مدنى ٣١ مارس ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٨٤ لسنة ٤٥ق) . وانظر : نقض مدنى ١٩٨١/٥/٣١ فى الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٤ق . وقد قضى بأن الحكم بالزام الشركة بزيادة أجر العاملين ٣٠٪ وندب خبير لحساب هذه الزيادة =

ولهذا فان الحكم الذى يقرر أساس الحق ، وتستمر الخصومة بعده لتحديد الحق والالزام به ، لا ينطبق عليه هذا الاستثناء • ومن ناحية أخرى ، فان الحكم يجب أن يكون صادرا فى شق من موضوع الدعوى فلا يعتبر من قبيل الاحكام المستثناه الحكم بالالزام بأتعاب المحاماة (١) أو بمصروفات الخصومة • وأخيرا ، فان الحكم يجب أن يكون صالحا لاجراء التنفيذ بموجبه ، ولهذا فان الحكم الابتدائى فى أحد الطلبات المقدمة فى الخصومة ، ولو كان حكم الزام ، لا يقبل الطعن فيه قبل الحكم المنهى للخصومة اذا لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل (٢) كما أنه لا يقبل الطعن الفورى اذا لم يكن ملزما بحق معين المقدار (٣) اذ مثل هذا الحكم لا يقبل التنفيذ الجبرى • واذا طعن فى حكم الزام قابل للتنفيذ الجبرى غير منه للخصومة ، فان للمحكمة التى تنظر الدعوى الحكم بوقف الخصومة الى حين الفصل فى الطعن ، اعمالا للمادة ١٢٩ مرافعات •

وهذه الاحكام التى يجوز الطعن فيها فورا ، يجب على المحكوم عليه أن يطعن فيها فى ميعاد الطعن الخاص بها ، والا سقط حقه فى الطعن

=

هو قضاء تقريرى ولا يعد قضاء الزام هذا ولو كان مشمولا بالنفاذ المعجل لأن العبرة هى بحقيقة الواقع ، اذ هذا الحكم هو فى حقيقته حكم بتقرير الزيادة للعاملين . وايضا نقض عمال ١٩٨١/١١/٨ فى الطعن ٣٤٠ لسنة ٤٦ ق . (بالنسبة للحكم بأحقية المدعى للفئة المالية محل النزاع — ولو اشتمل على مصروفات الشق المحكوم فيه) . نقض عمال ١٩٨١/١١/٩ فى الطعن ٢٣٦ لسنة ٤٦ ق . (الحكم بأحقية المطعون عليه لمرتب شهرى قدره خمسون جنيها شهريا . وندب خبير لاحتساب الفروق المستحقة) .نقض عمال ١٩٨١/١٢/١٢ فى الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٤٠ ق .(الحكم بتقرير حق المطعون ضدهم فى الاجر عن مدة الوقف واعادة الدعوى للمراقبة لتقدير هذا الاجر لا يتضمن الزاما بادائه) .

(١) نقض أحوال شخصية ٢٦ مارس ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٨ لسنة ٤٧ ق .

(٢) أبو الوفا : بند ٥٣٥ ص ٧١٨ . عكس هذا : رمزى سيف بند ٥٩٦ ص ٧٧٣ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨١/٥/٣١ — فى الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٤ ق .

فيها . فليس له بعد ذلك الميعاد أن يطعن فيها بعد صدور الحكم المنهى للخصومة فى ميعاد الطعن المتعلق بهذا الحكم (١) .

واذا حدث وأخطأت محكمة الاستئناف ، فقبلت الطعن فى حكم صدر من محكمة أول درجة غير منه للخصومة كلها أمامها ، فى غير الحالات التى تستثنيها المادة ٢١٢ ، فان حكمها يكون مخالفا للقانون . فاذا طعن فى حكم محكمة الاستئناف بالنقض ، فعلى محكمة النقض أن تقضى بعدم قبول الطعن بالنقض فيه الا بعد صدور الحكم المنهى « اذ لا ينهض خطأ محكمة الاستئناف مبررا لتجاريها محكمة النقض فى هذا الخطأ » (٢) .

٣٥١ ـ الحق فى الطعن : الحق فى الطعن فى الحكم بطريق معين هو حق اجرائى ينشأ فى الخصومة نتيجة لصدور هذا الحكم . ولهذا فهو حق مستقل تماما عن الحق فى الدعوى (٣) . ويجب لنشأته لشخص معين ، فضلا عن صدور حكم يقبل الطعن فيه بطريق معين من طرق الطعن أن يكون هذا الشخص محكوما عليه . وهو يكون كذلك اذا توافر فيه شرطان :

(أ) صفة الطرف فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وذلك سواء كان هذا الطرف مدعيا أو مدعى عليه أو مدخلا أو متدخلا فى الخصومة (٤)(٥) . ويلاحظ ما يأتى :

---

(١) نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٠ ـ مجموعة النقض ٢١ ـ ٤٢٥ ـ ٦٩ .

(٢) نقض مدنى ٤ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٤٥٥ لسنة ٤٨ ق . ٣١ مارس ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٨٤ لسنة ٤٥ ق وهذا الاتجاه هو الذى ايدته الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض فى ١٣ فبراير ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٤٩ ق . وعلى العكس ، اذا قضت محكمة الاستئناف بعدم قبول الطعن لرفعه قبل صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، فانه يجوز الطعن بالنقض على استقلال فى هذا الحكم . (نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٣٦ ق) .

(٣) ساتا : بند ٢٣٧ ص ٣١٨ . كوستا : بند ٣٢٣ ص ٣٧٠ .

(٤) زانزوكى : جزء ثان بند ٢٤ ص ١٩٦ . نقض مدنى ٢٠ يناير ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٨٩ ـ ١٤ .

(٥) وذلك ما لم ينص القانون على تخويل سلطة الطعن لمن لم يكن طرفا . من هذا ما تنص عليه المادة ٣٩٠ تجارى من تخويل كل ذى حق سلطة =

١ — أن صفة الخصم يجب أن تثبت بالنظـر الى درجة التقاضى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه • ولهذا اذا صدر حكم من محكمة أول درجة وطعن فيه بالاستئناف ولم يختصم أحد أطراف خصومة أول درجة فى الاستئناف فلا يكون له حق الطعن فى الحكم الصادر فى الاستئناف(١)•

٢ — أن صفة الخصم يجب أن تكون بالنظر الى الطلب الذى صدر بشأنه الحكم محل الطعن • ولهذا اذا قدم شخص من الغير طلبا بالتدخل الاختصامى فى الخصومة ، فحكم بعدم قبول التدخل ، فان له صفة فى الطعن فى هذا الحكم اذ هو بالنظر اليه يعتبر خصما رغم أنه ليس خصما فى الخصومة الأصلية التى طلب التدخل فيها (٢) • وعلى العكس اذاصدر حكم فى طلب وجه الى أحد الاطراف دون طرف معين ، فان هذا الاخير لا تكون له صفة الخصم بالنسبة لهذا الطلب ، ولا شـأن له بالطعن فى الحكم الصادر فيه (٣) •

=

المعارضة فى الحكم بشهر الافلاس . وما ينص عليه قانون المرافعات من سلطة الطعن للنيابة العامة دون أن تكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم مما سبق بيانه .

(١) نقض إيجارات ١٢/١١/١٩٨٤ فى الطعن رقم ٨٢١ لسنة ٤٩ق. ونقض مدنى ١٩/١١/١٩٨١ فى الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٣ ق . و ٥ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٤٨٢ — ٧٠ كذلك اذا كان قد اختصم فى الاستئناف ولكن المستأنف صحح شكل الاستئناف وقصره على غيره . اذ بذلك لايعتبر طرفا فى خصومة الاستئناف . وليس له الطعن فى الحكم (نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٧٨ فى الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق) . وعلى العكس اذا كان قد ادخـل فى الاسـتئناف ، فانه يصبح طـرفا فى الخصـومة فيها ولو لم يكن طرفا فى الخصومة أمام اول درجة وتكون له صفة فى الطعن فى الحكم الصادر فى الاستئناف . (نقض مدنى ٢ أبريل ١٩٦٨ — مجمـوعة النقض ١٩ — ٧١٩ — ١٠٢) .

(٢) نقض مدنى ١٣ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١١٠٥ — ١٧٤ . و ١٨ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١٠٤٥ — ١٥٥ .

(٣) نقض مدنى ٣/١٢/١٩٨١ فى الطعن ١٤٢ لسنة ٤٢ ق . و ٤ ابريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٦٣٥ — ٩٩ .

٣ — أن صفة الخصم لا تثبت الا لمن وجه طلبا أو وجه اليه طلب (١). اذ بغير ذلك لا تكون له مصلحة فى الدفاع عن الحكم أو ضده . ولهذا فان مجرد المثول أمام المحكمة (٢) ، أو مجرد اختصام شخص لسماع حكم معين فى مواجهته (٣) لا يجعله خصما ، وبالتالى لا تكون له صفة فى الطعن. كذلك اذا اختصم شخص دون أن توجه اليه طلبات ، فوقف من الخصومة موقفا سلبيا ولم يحكم له أو عليه بشىء (٤) .

٤ — أن صفة الخصم يجب أن تبقى حتى صدور الحكم محل الطعن . فاذا كان الخصم قد خرج من الخصومة أو تقرر اخراجه منها (٥) ، أو تنازل خصمه عن مخاصمته بعد بدئها (٦) ، فلا تكون له صفة فى الطعن .

٥ — أن الصفة فى الطعن تثبت لمن كان خصما ، وليس لممثل الخصم فى الخصومة التى صدر فيها الحكم . ولهذا اذا كان ناظر الوقف يمثل الوقف فى الخصومة ، وزال تمثيله له فليس للناظر صفة فى الطعن ، كما أنه ليس له أن يمثل الوقف بالنسبة لرفع الطعن (٧) . ولهذا أيضا ، اذا

---

(١) نقض مدنى ٥ — ٣ — ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق . و ٢٨ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٤٩٣ — ٢٥٣ و ٢٨ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٤٦ — ٨٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٢٢٣ — ١٦٨ .

(٣) نقض مدنى ٤ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٨ ق . ١٠ يناير ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق . و ٢٧ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٩٥٢ — ١٥٧ . و ٢٠ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٠١٠ — ١٩٣ . و١٦ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٠٦٦ — ١٦٦ . ومع هذا انظر : نقض ضرائب ٣٧/٥ سنة ١٩٨٠ فى الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٤٩ ق .

(٤) نقض مدنى ٥ ديسمبر ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق .

(٥) نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٠٥ — ١٤١

(٦) نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٦٠ — ٤٦ . و ٢٦ نوفمبر ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٣٦ ق .

(٧) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٤٥٥ — ٦٨ .

تبين موت الخصم المحكوم عليه قبل رفع الطعن ، فلا يكون لمن كان بمثله صفة فى الطعن فى الحكم (١) •

(ب) الخسارة : فلا ينشأ الحق فى الطعن الا لمن حكم عليه بشىء مما أقيم الطعن من أجله (٢) • وتوجد خسارة اذا كان هناك عدم تطابق بين منطوق الحكم (٣) وبين طلبات أحد الخصوم التى عرضها على المحكمة(٤) والعبرة بآخر طلباته قبل الحكم • وعدم التطابق قد يكون كليا أو جزئيا : فى الحالة الاولى توجد خسارة كلية ، وفى الحالة الثانية توجد خسارة جزئية • وتكفى أيتهما لنشأة الحق فى الطعن • فاذا وجد تطابق بين طلب الخصم وبين منطوق الحكم ، فلا يعتبر هذا الخصم خاسرا • ويكون الأمر كذلك ولو كان هناك عدم تطابق بين أسباب الحكم والأسباب التى استند اليها الخصم • فاذا رفض الحكم بعض حجج الخصم واستند الى حجج أخرى ولكنه فى منطوقه قبل كل طلباته فليس لهذا الأخير الحق فى

---

(١) فاذا طعن فيه ، كان طعنه باطلا لرفعه من غير ذى صفة — نقض مدنى ٤ مارس ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١١٥ لسنة ٤٦ ق . كذلك الامر اذا زالت ولاية الولى الشرعى الذى كان يمثل القاصر حتى صدور الحكم المطعون فيه ، فان الحق يكون لمن بلغ سن الرشد وليس للولى تمثيله بعد بلوغه هذه السن . (انظر : نقض مدنى ١٩٧٨/١٢/٢٠ — فى الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٧ ق) . وقد حكم تطبيقا لذلك بانه اذا كان الطعن مرفوعا من الطاعن بصفته ممثلا لحكومة الجمهورية التركية فلا عبرة بتغير شخص السفير الممثل لها فى الطعن ، اذ الحكومة المذكورة هى الخصم الحقيقى وما السفير الا المثل القانونى لها (نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٧ — فى الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٥ ق) .

(٢) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٩ ٤ — ٦٩ . و ٩ نوفمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ ص ٩٧٣ .

(٣) ويأخذ حكم المنطوق ما يأتى من قرار فى الاسباب المكملة للمنطوق (نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٧ — الطعنان رقما ١١ و ٣٢ لسنة ٤٦ ق)اذ لها نفس الحجية .

(٤) ويكون الأمر كذلك ولو قدم طلبا أصليا وآخر احتياطيا ، فرفضت المحكمة طلبة الأصلى وقضت له بالطلب الاحتياطى اذ تكون قد رفضت بذلك طلبا له (نقض عمال ٤ يناير ١٩٨١ — فى الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٤٤ ق . و أول ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥٤٣ لسنة ٤٥ ق) .

الطعن (١) . وعلى العكس ، توجد خسارة اذا فرض واعتمد الحكم بعض حجج الخصم ولكنه لم يقبل طلباته (٢) ومن ناحية أخرى ، لا توجد خسارة ما دام هناك تطابق بين منطوق الحكم وطلبات الخصم ، ولو كان هناك عدم تطابق بين هذا المنطوق وما يستحقه فعلا ما دام لم يطالب به . ولا يستثنى من هذا الا ما يجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها لمصلحة أحد الخصوم ، فعندئذ اذا لم تقم المحكمة بواجبها فى الحكم بما يستحقه الخصم يكون له الحق فى الطعن (٣) .

فاذا لم تكن للخصم طلبات أمام القضاء ، وهو ما قد يحدث بالنسبة للمدعى عليه ، فانه يعتبر خاسرا اذا قبلت طلبات خصمه كليا أو جزئيا . أى اذا وجد تطابق بين منطوق الحكم وبين كل أو بعض طلبات خصمه (٤) أما اذا لم يوجد هذا التطابق بأن حكم بعدم قبول الدعوى لسبب اجرائى أو موضوعى أو حكم برفض الدعوى ، فليس له الحق فى الطعن (٥) .

وتكفى الخسارة لنشأة الحق فى الطعن بطريق الطعن العادى ، أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادية فلا تكفى ، وانما يجب أن تتوافق الخسارة مع أحد الأسباب التى ينص عليها القانون لامكانية سلوك الطريق المعين (٦) . ومن ناحية أخرى ، فان فكرة الخسارة تفترض أن يكون الخاسر خصما ، فاذا كان الحق فى الطعن ينشأ — وفقا للقانون — لغير الخصم ، كما هو بالنسبة للنيابة العامة عندما لا تكون خصما ، فانه عندئذ لا يرتبط بفكرة الخسارة ، وانما ينشأ فى حالات يحددها القانون .

---

(١) كوستا : بند ٣٢٣ ص ٣٧١ . موريل : بند ٦٠٧ ص ٤٧٤ . الاسباب أيا كان الخطأ فيها او التزيد بها لا تخول وحدها الحق فى الطعن (نقض مدنى ٢٢ يناير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ١٦٧ — ٢٨) . ولهذا فان الطعن على أسباب الحكم دون تعييب الحكم ذاته يكون غير مقبول . (نقض ايجارات ٢٨ يناير ١٩٨٢ فى الطعن ٧٣٥ لسنة ٤٧ ق) .

(٢) زانزوكى : جزء ثان ص ١٨٧ .

(٣) زانزوكى : جزء ثان بند ١٥ ص ١٨٦ — ١٨٧ .

(٤) كوستا : بند ٣٢٣ ص ٣٧١ .

(٥) نقض مدنى ١٤ ابريل ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٦١٣ — ١٠٨ .

(٦) زانزوكى : الاشارة السابقة .

واذا توافر هذان الشرطان نشأ الحق فى الطعن ، فيكون للخصم الذى خسر صفة فى الطعن . أما الطرف السلبى فى هذا الحق ، فهو خصمه فى الطلب الذى صدر فيه الحكم محل الطعن (١) . وعلى هذا فان الحق فى الطعن لا ينشأ الا فى مواجهة من يفيد من الوضع القانونى الناشىء عن هذا الحكم بحيث تكون له مصلحة فى الدفاع عن الحكم حين صدوره (٢) أى خصم الخاسر فى الخصومة التى صدر فيها الحكم محل الطعن . فلا ينشأ الحق فى الطعن ضد من لم يحكم له بشىء قبل الطاعن (٣) أو من كانت مصلحته فى القضية التى صدر فيها الحكم هى نفس مصلحة صاحب الحق فى الطعن (٤) .

وينظر فى توافر شروط نشأة الحق فى الطعن الى وقت صدور الحكم المطعون فيه . ولا يعتد بانعدامها بعد ذلك . وتطبيقا لهذا حكم بأن الحكم الصادر على خلاف حكم سابق حائز لقوة الامر المقضى يقبل الطعن بالنقض من المحكوم عليه . ولا يمنع الطعن أن المحكمة قد قضت فى طعن آخر ــ رفع عن الحكم السابق ــ بنقض هذا الحكم لأن ذلك لا يغير من حقيقة أن هذا الحكم كان حائزا لقوة الأمر المقضى وما كان يجوز للحكم المطعون فيه أن يخالفه ، كما أن ذلك لا يؤثر على تحقق مصلحة الطاعنة (أى شرط الخسارة) وتوافرها فى الطعن لأن العبرة فى قيام هذه المصلحة هى بوقت صدور الحكم المطعون فيه (٥) .

---

(١) ساتا : بند ٢٤٢ ص ٣٢٥ .

(٢) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٨١ ــ فى الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٤٨ ق .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٤ ــ فى الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق .

(٤) نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٦٣ ــ مجموعة النقض ١٤ ــ ١٢٠٢ ــ ١٧٤ .

(٥) نقض مدنى ٢ مارس ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٤٥٩ ــ ٧٤ . وانظر تطبيقات اخرى فى : نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٦٧٥ ــ ١٣٤ . و ٦ يناير ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٢٣ ــ ٥ . و ٢٧ يونيو ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ٩٧٢ ــ ١٧٠ .

وتنتقل الصفة فى الطعن الى كل من الخلف العام والخلف الخاص • والعبرة بتحقق الخلافة بعد صدور الحكم • فاذا تحققت قبل صدور الحكم ، فان الامر لا يتعلق بخلافة فى الحق فى الطعن اذ هذا الحق لاينشأ الا بصدور الحكم • وانما يكون للخلف بعد بدء الخصومة وقبل صدور الحكم الحق فى الطعن اذا تدخل فى الخصومة أو بسبب أنه يعتبر «ممثلا» فى الخصومة بواسطة سلفه (١) • فاذا تحققت الخلافة بعد رفع الطعن ، حل الخلف ــ عاما (٢) أو خاصا ــ محل سلفه فى هذا الطعن •

وكما ينتقل الحق فى الطعن الى الخلف ، فانه باعتباره حقا خاصا يمكن النزول عنه • وهذا النزول لا يصح الا اذا تم بعد صدور الحكم محل الطعن • ذلك أن الحق فى الطعن لا ينشأ الا بصدور هذا الحكم ، ولا يجوز النزول عن حق الطعن قبل نشأته مالم ينص القانون على غير ذلك (٣) • ويمكن النزول عن الحق فى الطعن سواء أثناء ميعاد الطعن ، أو بعد رفع الطعن ولو بعد انقضاء الميعاد • واذا تم بعد رفع الطعن فانه يعتبر أيضا نزولا عن الطعن المرفوع • ويتم النزول عن الحق فى الطعن صراحة أو ضمنا • وتترتب آثاره بمجرد حصوله دون حاجة لقبول الطرف

---

(١) وانظر ما سبق بالنسبة للخلاف فى الخصومة بند ١٩٧ . وانظر : محمد كمال عبد العزيز ــ ص ٢١١ . وانظر تطبيقا لذلك بالنسبة للخلافة العامة : نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٤٨ ق . (اذا كانت الدعوى قد استؤنفت سيرها بعد وفاة المستأنف عليه ضد ورثته وهن الطاعنات ، وكان الحكم قد صدر ضدهن ، فان فى ذلك ما يكفى لقبول الطعن منهن دفاعا عن حيازة مورثهن ــ وهن من بعده ــ للشقة مثار النزاع أيا كان الرأى فيما ينتهى اليه قضاء المحكمة فى موضوع الطعن) . وأنظر بالنسبة للخلافة الخاصة وأن السلف الخاص يبقى طرفا فى الخصومة : نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٠ ، فى الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق. (للبائع الطعن فى الحكم الصادر ضده فى دعوى صحة التعاقد ولو كان قد باع ذات المبيع الى مشتر آخر) .

(٢) أنظر : نقض مدنى ٢٧ يونيو ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ٩٨٢ ــ ١٧٠ .

(٣) أنظر المادة ٢/٢١٩ مرافعات ، وانظر مناقشة مسألة قبول الحكم قبل صدوره بند ٣٥٣ .

الآخر . ولهذا ليس للمتنازل الرجوع فى تنازله ولو قبل قبـول الطرف الآخر اذ لا حاجة لهذا القبول (١) .

٣٥٢ ـ المصلحة فى الطعن : بتوافر صفة الطرف فى الخصومة التى صدر فيها الحكم وشرط الخسارة ، تنشأ مصلحة فى الطعن فى الحكم يقرها القانون للمحكوم عليه فى مواجهة المحكوم له تسمى الحق فى الطعن . فالمصلحة فى الطعن هى مضمون الحق فى الطعن . وبتوافرها ينشأ حتما الحق فى الطعن . وقد عبرت محكمة النقض حديثا عن هذه الفكرة بقولها أن « مناط المصلحة فى الطعن أن يكون الطاعن طرفا فى الحكم وألزمه الحكم بشىء ما » (٢) . وأنه « يتوافر شرط المصلحة اذا كان الطاعن محكوما عليه بشىء لخصمه » (٣) . وقد ذهب بعض الفقهاء (٤) الى أن شرط المصلحة فى الطعن هذا هو تطبيق لشرط المصلحة فى الدعوى . ويعيب هذا الرأى أن الحق فى الدعوى شىء آخر مختلف تماما . فالدعوى حق موضوعى ، أما الحق فى الطعن فهو حق اجرائى ينشأ نتيجة لمركز اجرائى معين . ولهذا فان الحق فى الطعن ينشأ للخاسر ولو لم يكن صاحب الحق فى الدعوى .

على أن فكرة « المصلحة فى الطعن » لها وظيفة أخرى ، يطبقها القضاء فى بعض أحكامه . فالطعن فى الحكم كأى طلب اجرائى لا يقبل اذا لم تتوافر لدى مقدمه المصلحة فى الاجراء المطلوب . وبهذا تعتبر « المصلحة

---

(١) نقض مدنى ٢٢ مايو ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٨٠٧ ـ ١٤١ .

(٢) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٥٣٧ ـ ٢٨٨ .

(٣) نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٤٨ ق) . وأنظر : نقض عمال ١٩٨٥/٢/٢٤ فى الطعن رقم ١٠٤٩ لسنة ٥٠ ق . (وهذا الحكم قضى بعدم توافر المصلحة فى طعن الطاعن فى الحكم الذى قضى بعدم جواز استئناف المطعون ضده . ومن الواضح أن الطاعن هنا ليس له الحق فى الطعن اذ هو ليس محكوما عليه بهذا الحكم) .

(٤) زانزوكى : جزء ثان بند ١٤ ص ١٨٥ . موريل : بند ٦٠٧ ص ٤٧٤ . العشماوى : جزء ثان بند ١٤٣٧ ص ٧٦٨ . وايضا : نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٥٣٧ ـ ٢٨٨ .

فى الطعن » تطبيقا لمبدأ « المصلحة فى الاجراء » الذى سبق بيانه . ولعدم الخلط بين الأفكار القانونية يجب قصر اصطلاح «المصلحة فى الطعن» على هذا المعنى . وهذه المصلحة تعتبر شرطا لقبول الحق فى الطعن وليس شرطا لنشأته . فالحق فى الطعن ينشأ بتوافر صفة الخصم والخسارة ولكن لايقبل ما لم تكن لمقدمة مصلحة فى صدور حكم فى الطعن أى أن يؤدى الغاء الحكم الى تحقيق حماية قضائية له أو يساعد على تحقيق هذه الحماية . أما اذا كان لا يحقق سوى مصلحة نظرية بحتة فلا يقبل الطعن رغم توافر الحق فيه . وقد طبقت محكمة النقض هذه الفكرة فى كثير من أحكامها (١) . ويعتد بالمصلحة فى الطعن عند صدور الحكم المطعون فيه ولا يعتد بانعدامها بعد ذلك (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٧٤٦ — ٣٢٦ . (متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا الى تأييد الحكم الابتدائى فيما قضى به من رفض الدعوى الفرعية تأسيسا على حجية ونفاذ عقد التنازل موضوع النزاع ، فان النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون اذ قضى بعدم جواز استئناف الحكم الصادر فى الدعوى الاصلية بالزام الطاعن بدفع مقابل التنازل يكون غير منتج اذ ان القضاء بمقابل التنازل لا يعدو أن يكون نتيجة حتمية لصحته ونفاذه . ومن ثم لا تتحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية بحتة) . وانظـر تطبيقات أخرى فى : نقض أحوال شخصية ١٦ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٤١ لسنة ٤٧ ق . ونقض ضرائب ١٩٨٠/١/٢٩ فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق . ونقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٦٤٣ — ١٢٧ . ونقض احوال شخصية ٢٠ يناير ١٩٧١ — فى الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٤ ق . ونقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٩٥ — ١٨٦ . (لا يقبل الطعن فى الحكم بالنقض لقضائه برفض الالتماس وكان يجب عليه القضاء بعدم جوازه اذ النتيجة واحدة) أو لقضائه برفض الدعوى بحالتها بدلا من الحكم بعدم قبولها اذ اى من القضائين لا يمنع من رفع الدعوى من جديد بعد تغير الحالة (نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٣ — ٢٣) أو لعدم قضاء الحكم بسقوط الاستئناف لرفعه بعد الميعاد اذا كان هذا الحكم قد قضى برفض الاستئناف (نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٣ — ٦٠١ — ٩٣) . وانظر : نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٩٩ — ٢١٧ .

(٢) كوستا : بند ٢١٧ ص ٣٧٩ . زانزوكى جزء ثانى بند ٢١ ص ١٩٣ .

٣٥٣ - قبول الحكم يسقط حق الطعن فيه : اذا قبل الحكم ممن له حق الطعن فيه ، سقط حقه فى الطعن (مادة ٢١١) . والقبول قد يكون صريحا أو ضمنيا .

(أ) القبول الصريح : هو اعلان ارادة صريحة من المحكوم عليه بقبول الحكم وعدم رغبته فى الطعن (١) . وهو يعتبر تصرفا قانونيا من جانب واحد ، ولهذا لا حاجة الى قبوله من الخصم الآخر . ولأن القبول يعتبر تصرفا قانونيا ، فانه يجب أن تتوافر فى القابل أهلية التصرف (٢) .

(ب) القبول الضمنى : وهو يستفاد من سلوك ممن له الحق فى الطعن لا يتفق مع ارادة الطعن فى الحكم بالطرق التى يقررها القانون (٣) . ويمكن أن يتم فى صور مختلفة ، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير ما اذا كان ما صدر من الخصم يعتبر قبولا ضمنيا للحكم أو لا يعتبر ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى استندت الى أسباب سائغة (٤) . على أنه يجب لتوافر القبول الضمنى شرطان :

١ - أن يكون السلوك المعتبر قبولا صادرا من الخصم عن اختيار ، فحرية التعبير عن الارادة ضرورية سواء بالنسبة للقبول الصريح أو القبول الضمنى ، ولهذا فان قيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم يعتبر قبولا للحكم اذا لم تكن للحكم قوة تنفيذية . وعلى العكس لا يعتبر قبولا له اذا كانت

---

(١) كوستا : بند ٣٢٧ ص ٣٧٩ زانزوكى : جزء ثان بند ٢١ ص ١٩٣ .

(٢) موريل : بند ٦٠٩ ص ٤٧٧ .

(٣) وتعرفه محكمة النقض بانه « يستفاد من كل فعل أو عمل قانونى ينافى الرغبة فى رفع الطعن ويشعر بالرضا بالحكم والتخلى عن حق الطعن فيه » (نقض مدنى ١٩٨١/٦/٢٢ فى الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٤٨ ق) .

(٤) نقض مدنى ٣ يناير ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ١٨ - ٥ . و ٥ مايو ١٩٦٦ - مجموعة النقض ١٧ - ١٠٣١ - ١٣٩ . وقد حكم بانه اذا كان الحاضر عن الخصم فى دعوى مرفوعة منه على المطعون ضده قد طلب تعديل طلباته الى طلب الحكم بتقويم حقه المادى والمعنوى مقابل تخارجه من الشركة امتثالا لما قضى به الحكم المطعون فيه ، فان هذا التعديل للطلبات قبل رفع الطعن يستفاد منه قبوله لهذا الحكم . (نقض مدنى ١٩٨١/٦/٢٢ فى الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٤٨ ق .) .

له هذه القوة ، اذ عندئذ يكون التنفيذ الاختيارى لا قبولا للحكم والما اتقاء لتنفيذه جبرا (١) .

٢ — أن يكون هذا السلوك قاطع الدلالة على قبول الحكم . فاذا كان يمكن تفسيره على أكثر من معنى فلا يجوز أن يعتبر قبولا ضمنيا (٢)، خاصة اذا اقترن السلوك بحفظ الحق فى الطعن . ومن المشاكل التى ثارت هنا حالة ما اذا كانت الخسارة جزئية ، وطالب أحد الطرفين خصمه بتنفيذ الجزء من الحكم الذى يفيده فهل يعتبر قابلا لكل الحكم ، وبالتالى يسقط حقه فى الطعن بالنسبة للجزء الذى خسره ؟ لا يمكن وضع حل واحد فى هذا الشأن ، بل يجب النظر الى الظروف فى كل حالة وملاحظة ما اذا كان طلب تنفيذ الجزء المفيد يتعارض مع ارادة الطعن فى الأجزاء الاخرى من الحكم (٣) . ومن المسائل التى أثيرت هنا أيضا مشكلة ماذا كان قيام خصم باعلان الحكم الى خصمه يعتبر قبولا ضمنيا للحكم . والرأى الراجح أن الاعلان ، ولو دون تحفظ ، لايعنى قبول الحكم (٦٧٥

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ١٩٤ . نقض عمال ١٩٨٢/١/١١ فى الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٤٩ ق . ونقض مدنى ٩ نوفمبر ١٩٧١ فى الطعن رقم ٤٧٧ لسنة ٣٦ ق . و ٣٠ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٤٩٠ — ٢٠٧ و٩ نوفمبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٨٦٩ — ١٤٤ .

(٢) ولهذا حكم بأنه لا يعتبر قبولا للحكم المطعون فيه : نزول الطاعن عن طلب وقف التنفيذ (نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٦٦ مشار أليه) ، أو رفع النزاع الى القضاء من جديد مع قيام الطعن . (نقض مدنى ٦ فبراير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٢١٨ — ٢٩) أو استعلام الشركة الطاعنة من مراقبة الضرائب عن الضرائب المستحقة على المطعون عليه ، حتى تقوم الشركة بحجزها تحت يدها من المبلغ المحكوم به عليها . (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٦٩ — ١٩٥) . انظر تطبيقا اخر فى ٣ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٨ — ٥ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٨٤ ص ٥٢٢ . وقد حكم بأن الانذار الصادر من أحد الطرفين الى الطرف الآخر بتنفيذ الجزء من الحكم الصادر ضده يعتبر قبولا منه لهذا الجزء (نقض مدنى أول ديسمبر ١٩٤٩ — المحاماة ٣٠ — ٢٧٥ — ٣٥٤) .

من المجموعة الفرنسية الجديدة) (١) • وهذا الحل هو الذى يميل اليه الفقه فى ايطاليا (٢) ومصر (٣) دون نص •

وقبول الحكم سواء كان صريحا أو ضمنيا يمكن أن يكون كليا أو جزئيا • فاذا كان منطوق الحكم يحتوى على أجزاء مختلفة فيمكن للمحكوم عليه أن يقبل بعض الاجزاء دون أن يعتبر هذا قبولا للاجزاء الأخرى (٤) •

ويحدث القبول عادة بعد صدور الحكم ، وفى رأى كثير من الفقهاء أنه لا أثر له ان حدث قبل صدوره ، وذلك على أساس أنه يمكن للخصم فقط بعد صدور الحكم أن يقدر ما اذا كان من مصلحته قبوله أو الطعن فيه (٥) ، فضلا عن أن قبول الحكم يتضمن نزولا عن الحق فى الطعن ، وهذا الحق لا ينشأ الا بعد صدور الحكم ، فقبول الحكم قبل نشأة الحق فى الطعن يعتبر من قبيل تنظيم الخصومة وهو ما يتعلق بالنظام العام ويخرج عن نطاق ارادة الخصوم (٦) • على أن البعض الاخر من الفقهاء يرون على العكس امكان قبول الحكم قبل صدوره ، وذلك على أساس عدم تعلق الحق فى الطعن بالنظام العام (٧) • وهذا الرأى الأخير هو الذى يقننه المشرع المصرى صراحة بالنسبة للاستئناف (مادة ٢/٢١٩) •

وكما هو الحال بالنسبة لأى عمل ارادى ، فلا يصح القبول بالنسبة للمسائل لتى تتعلق بالنظام العام (٨) ، ولهذا من المقرر أنه لا يجوز القبول

---

(١) موريل : بند ٦٠٩ ص ٥٧٦ . وفى القانون الجديد : فنسان : بند ٥٥٠ ص ٧٢٧ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٨٤ ص ٥٢١ .

(٣) رمزى سيف : بند ٥٥٣ ص ٧٧٤ .

(٤) زانزوكى : الاشارة السابقة . وقد حكم بانه اذا كان الحكم يحتوى على عدة أجزاء وطعن المحكوم عليه بالنسبة لبعض الاجزاء فقط ، فانه يكون قابلا ضمنا للحكم فى الاجزاء الاخرى . (نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٦٢ — ١٤٣) .

(٥) ساتا : بند ٢٤٣ ص ٣٢٦ — ٣٢٧ .

(٦) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٨٤ ص ٥٢١ .

(٧) موريل : بند ٢٤٥ ص ٢٠٩ .

(٨) موريل : بند ٦٠٩ ص ٤٧٣ .

ولو صدر باتفاق الطرفين ، فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح • ومن ناحية أخرى ، فانه حتى حيث لا يتعلق الامر بالنظام العام لا يكون للقبول أثر فى الحالتين التاليتين (١) :

(أ) بالنسبة لالتماس اعادة النظر لأحد الأسباب التى تكتشف بعد صدور الحكم • فقبول الحكم لا يمنع من الطعن بالتماس اعادة النظر لاحد هذه الاسباب ما لم يكن القابل عالما عند قبوله بالواقعة التى تبرر الطعن •

(ب) بالنسبة للاستئناف فى حالة الخسارة الجزئية (٢) ، فان قبول أحد الطرفين يعتبر معلقا على شرط قبول الطرف الآخر • فاذا طعن هذا الأخير فى الحكم بالاستئناف ، فان لمن قبل الحكم أن يستأنفه رغم قبوله •

٣٥٤ ــ ميعاد الطعن : يجب أن يقدم الطعن ــ أيا كان طريقه ــ خلال ميعاد معين ينص عليه القانون • فاذا لم يحترم الميعاد ، سقط الحق فى الطعن • وهو سقوط يتعلق بالنظام العام لا يمنعه اتفاق الاطراف على مد الميعاد أو على عدم التمسك به • ويمكن لاى من الاطراف التمسك بالسقوط فى أية حالة كانت عليها الاجراءات • وعلى القاضى أن يقضى به ، وبالتالى بعدم قبول الطعن ، من تلقاء نفسه اذا رفع اليه الطعن بعد انقضاء الميعاد (مادة ٢١٥) (٣) •

ويبدأ ميعاد الطعن فى القانون المصرى ، كقاعدة عامة ، من تاريخ صدور الحكم (مادة ١/٢١٣) • وذلك على أساس أن المحكوم عليه وهو طرف فى الخصومة يفترض فيه متابعة ما يتم فيها من اجراءات ومن أهمها

---

(١) كوستا : بند ٤٢٨ ص ٣٧٩ . زانزوكى : جزء ثان بند ٣٣ ص ١٩٥ .

(٢) ولا ينطبق هذا الاستثناء على غير الاستئناف من طرق الطعن فى الاحكام . (المحكمة الادارية العليا ــ ٤ أبريل ١٩٧٠ ــ فى الطعن رقم ٦٣١ لسنة ١٢ ق) .

(٣) كوستا : بند ٣٢٦ ص ٣٧٦ . ساتا : بند ٢٤٤ ص ٣٢٧ . نقض مدنى ١١ يناير ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ٧٧ ــ ١٠ .

الحكم ، فلا يقبل منه ادعاء عدم العلم بتاريخ صدوره (١) . والمقصود بتاريخ صدور الحكم تاريخ النطق به . على أنه استثناء من هذه القاعدة هناك حالات يبدأ فيها ميعاد الطعن من واقعة أخرى . وهذه هي :

اولا : هناك حالات يبدا فيها الميعاد من اعلان الحكم الى المحكوم عليه : وهي حالات خشي فيها المشرع عدم علم المحكوم عليه بالخصومة وبالتالي بصدور الحكم فيها . وتنص عليها المادة ٢١٣/١و٢ . وهي (٢):

١ — اذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور في جميع الجلسات التي حددت لنظر الدعوى ، ولم يقدم مذكرة بدفاعه . ففي هذه الحالة ، لم يتأكد علم المحكوم عليه بقيام الخصومة . ويكون الأمر كذلك ، ولو كانت صحيفة الدعوى قد أعلنت اليه اعلانا صحيحا أو كان قد أعلن لشخصه أو كان قد أعيد اعلانه . والعبرة بجلسات الخصومة بعد تقديم الطلب الذي صدر فيه الحكم محل الطعن . فاذا قدم طلب عارض باعلانه الى المدعي عليه فيه ، ولم يحضر الموجه اليه الطلب أية جلسة لاحقةلتقديمه ولم يقدم فيه مذكرة بدفاعه ، فان الطعن في هذا الحكم لا يبدأ من صدوره وانما من اعلانه ، ولو كان المحكوم عليه قد حضر الجلسات السابقة على هذا الطلب . ومن ناحية أخرى ، فان العبرة بجلسات الخصومة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، ولهذا فانه اذا قضت محكمة الاستئناف بالغاء الحكم المطعون فيه وأحالت القضية الى محكمة ابتدائية أخرى للاختصاص ولم يحضر المحكوم عليه أمام المحكمة المحالة اليها الدعوى أية جلسة من الجلسات كما لم يقدم أمامها مذكرة بدفاعه ، فان ميعاد الطعن في حكم هذه المحكمة يبدأ من اعلانه الى المحكوم عليه وليس من صدوره (٣) . ولأن المدعي هو الذي يرفع الدعوى فانه يفترض فيه دائما العلم بالخصومة فلا يستفيد من هذا الاستثناء . على أن المقصود هو المدعي بالنسبة للطلب الذي صدر فيه الحكم محل الطعن .

(١) وهذه القاعدة مقررة في التشريع المصري منذ القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ أما قبل هذا القانون ، فالقاعدة العامة كانت هي بدء الميعاد من اعلان الحكم . (مادة ٣٧٩ من قانون ١٩٤٩ قبل تعديلها) .

(٢) رمزي سيف : بند ٦٠٢ ص ٧٨٢ وما بعدها .

(٣) نقض ايجارات ٢٦ يناير ١٩٨٠ — في الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٤٨ ق .

٢ ـ اذاوقفت الخصومة ، ثم استأنفت سيرها بعد الوقف ، ولم يحضر المحكوم عليه أية جلسة تالية لتعجيلها كما لم يقدم بعد ذلك مذكرةبدفاعه . ويكون الأمر كذلك ، ولو كان المحكوم عليه قد حضر أو قدم مذكرة بدفاعه قبل وقف الخصومة . وعلة هذه الحالة هو احتمال عدم علم المحكوم عليه اذا كان هو الذى عجل الخصومة ، وعلى العكس يستفيد منها من لم يعجل الخصومة ولو كان هو المدعى .

ويأخذ حكم الوقف أيضا شطب الدعوى ، فاذا شطبت الدعوى وتخلف المحكوم عليه عن الحضور بعد تعجيل الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه ، فان ميعاد الطعن يبدأ من اعلانه بالحكم (١) . كما يأخذ حكمها حالة ما اذا حجزت القضية للحكم ثم فتح باب المرافعة فيها دون اعلان الخصم بقرار فتح باب المرافعة .

٣ ـ اذاقام سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم ضد من قام فيه سبب الانقطاع دون اختصام من يقوم مقامه . والفرض هنا على خلاف الحالة السابقة ، أذ المحكوم عليه لم يختصم بعد زوال سبب الانقطاع . وتتوافر هذه الحالة ، ولو كان سبب الانقطاع قد قام بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى ، وبالتالى دون أن يترتب على قيامه انقطاع الخصومة (٢) ، اذ فى هذا الفرض أيضا لا يمكن افتراض علم من قام مقام الخصم بصدور الحكم . ومن ناحية أخرى ، فان هذه الحالة تتوافر لمصلحة من لم يختصم ممن قام مقام الخصم الذى قام فيه سبب الانقطاع دون غيره . ولهذا فانه اذا تعدد الخصوم ، وقام سبب الانقطاع فى أحدهم ولم يختصم من قام مقامه ، فان هذا الخصم وحده هو الذى يستفيد من هذه

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٧/١١/١٥ فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٤٤ ق . ويلاحظ انه يجب لاعمال الاستثناء ان تكون الخصومة قد وقفت بالفعل أو شطبت بالفعل ، ولايكفى مجرد توقع وقفها أو توقع شطبها . ولهذا لا يكفى لاعماله ان يكون الطرفان قد اتفقا على الوقف اذ الوقف لاينتج أثره الا بقرار القاضى به ، كذلك لا يكفى ان يكون المدعى عليه قد انسحب للشطب وتخلف عن الحضور بعد ان قررت المحكمة التأجيل طالما لم يصدر قرار بالشطب . (نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٧٣٥ ـ ١٣١) .

(٢) أبو الوفا : بند ٥٨٣ ص ٧٩٤ .

الحالة . فاذا تعدد من قام مقام الخصم كما لو توفى وكان له عدة ورثة ، واختصم بعضهم دون البعض الآخر ، فان من لم يختصم منهم فقط هم الذين يستفيدون منها . على أنه يلاحظ أن من لا تنطبق عليه هذه الحالة يمكن أن يستفيد من الحالة السابقة اذا انطبقت عليه . ولهذا فانه اذا انقطعت الخصومة ثم استأنفت سيرها ، فان ميعاد الطعن يبدأ من اعلان الحكم بالنسبة للمحكوم عليه الذى لم يحضر أو يقدم مذكرة بدفاعه بعد استئناف الخصومة لسيرها ، ولو لم يكن خلف من قام فيه سبب الانقطاع(١) ذلك أن الانقطاع هو صورة من صور الوقف بقوة القانون .

٤ - والى جانب هذه الحالات التى تنص عليها المادة ٢١٣ ، قد ينص قانون خاص على بدء ميعاد الطعن من تاريخ اعلان الحكم . ومثل هذا النص يجب اعماله ولو كان سابقا على صدور مجموعة المرافعات سنة ١٩٦٨ ، ذلك أن النص العام الواردة فى المادة ٢١٣ / ١ لا ينسخ أى نص خاص سابق عليه . ومن هذه نص المادة ٣٥٤ من القانون التجارى على بدء ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى شهر الافلاس من تاريخ اعلانه(٢).

ويلاحظ بالنسبة لحالات بدء ميعاد الطعن من اعلان الحكم :

(أ) أنها واردة على سبيل الحصر ، اذ هى ترد على خلاف القاعدة العامة فى بدء ميعاد الطعن . ولهذا فانه لا يجوز القياس عليها أو التوسع فى تفسيرها ، فلا يدخل فيها حالة تأجيل الدعوى الى جلسة أخرى مهما

---

(١) نقض مدنى ١٥ يناير ١٩٧٠ - مجموعة النقض ٢١ -١٢٧ - ٢٢ .

(٢) نقض مدنى ٨ مايو ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ٩٣٥ - ١٨٠ . وايضا نص المادة ٥٤ من ق ١٤ لسنة ١٩٣٩ بالنسبة للطعن فى قرار اللجنة الخاصة بالضريبة على ارباح المهن غير التجارية (نقض مدنى ١٤ فبراير ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٢٤٨ - ٤٣) . وكذلك نص المادة ٨٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بالنسبة للطعن بالاستئناف فى القرار الصادر من نقابة المحامين بتقدير اتعاب المحامى . فلا يبدا ميعاد استئنافه الا منذ اعلانه الى الخصم . (نقض مدنى ١٩٧٨/١١/٢٨ - فى الطعن رقم ٩٢٢ لسنة ٤٥ ق) .

امتدت فترة التأجيل (١) أو تخلف الطاعن عن حضور جميع الجلسات التالية لايداع الخبير تقريره (٢) ، أو انقطاع « تسلسل الجلسات لأى سبب من الأسباب كالعطلة الرسمية غير المتوقعة » (٣) • ومن ناحيةآخرى، فان عبء اثبات توافر احدى هذه الحالات يقع على عاتق الطاعن ، فاذا لم يقم الدليل على توافر احداها فان ميعاد طعنه يبدأ — حسب الأصل — من صدور الحكم (٤) •

(ب) ان اعلان الحكم الذى يبدأ به الميعاد هو اعلانه لشخص المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى (٢/٢١٣) • فلا يكفى الاعلان فى الموطن الذى اختاره المحكوم عليه أثناء الخصومة التى انتهت بالحكم محل الطعن ، أو الاعلان فى قلم الكتاب • وذلك حرصا من المشرع على توافر علم المحكوم عليه بالحكم ، لاحتمال أن تكون صلته قد انقطعت بذلك الموطن المختار • ولنفس العلة أيضا ، اذا كان للمعلن اليه موطن معلوم فى الخارج فان ميعاد الطعن لا يبدأ من تاريخ تسليم صورة الاعلان للنيابة العامة (٥) •

(جـ) ان هذا الاعلان يجب أن يتم بناء على طلب المحكوم له فاعلان الحكم من قلم الكتاب أو من محكوم عليه آخر لا يبدأ به الميعاد •

(د) اذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة فى المحكوم عليه بعد صدور الحكم ، وكان ميعاد الطعن يبدأ بالاعلان ، فان اعلان الحكم يجب لكى يبدأ به الميعاد أن يتم الى من قام مقام المحكوم عليه (٦) •

---

(١) نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٧٣٥ — ١٣١ •

(٢) نقض مدنى ٦ ابريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٣ لسنة ٤٠ ق •

(٣) اذ يستطيع المحكوم عليه ان يتابع الجلسة المؤجلة اليها الدعوى رغم هذه العطلة . عكس هذا : المذكرة الايضاحية لمشروع قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ . رمزى سيف : بند ٦٠٢ ص ٧٨٤ . ابو الوفا : ص ٧٩٣ . ويعيب هذا الراى انه يخالف القواعد المسلمة فى تفسير النصوص التشريعية وليس للمذكرة التفسيرية أن تضيف لنص تشريعى يورد حالات استثنائية .

(٤) نقض مدنى ٢٧ نوفمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ١٢٤٥ لسنة ٤٧ ق •

(٥) نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٢٢٦ — ٣١ •

(٦) كيوفندا — نظم جزء ثان بند ٣٨٤ ص ٥٢٠ — زانزوكى — جزء ثان ص ١٨٩ •

(هـ) أنه اذا كان لكل من الخصمين الحق فى الطعن ، وكان الميعاد يبدأ بالنسبة لهما من اعلان الحكم ، فان قيام أحدهما باعلان الآخر يؤدى الى بدء الميعاد أيضا بالنسبة للمعلن (٤/٢١٣) .

(و) أن ميعاد الطعن لا يبدأ الا من تاريخ الاعلان صحيحا بالشكل القانونى . فلا يقوم مقامه العلم المؤكد للمحكوم عليه بصدور الحكم بأية طريقة أخرى ، ولو كانت قاطعة (١) .

(ى) ليس معنى بدء الميعاد بالاعلان أنه ليس للمحكوم عليه أن يطعن فى الحكم قبل هذا الاعلان ، فهو يستطيع أن يطعن فيه بمجرد صدوره . ولكن معناه أن حقه فى الطعن لا يسقط الا بعد انقضاء ميعاد الطعن محسوبا من اعلانه بالحكم .

ثانيا : هناك حالات يبدأ فيها ميعاد الطعن بالنسبة لبعض الطعون من واقعة غير صدور الحكم او اعلانه : من هذه أن الطعن بالاستئناف أو بالتماس اعادة النظر بسبب غش الخصم أو قيام الحكم على ورقة مزورة أو شهادة زور أو بسبب عدم اظهار ورقة قاطعة فى الدعوى احتجزها الخصم يبدأ من « اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحتجزة » (المادتان ٢٢٧ و ٢٤٢) . وأن الطعن فى الحكم غير المنهى للخصومة الذى لا يقبل الطعن فيه على استقلال يبدأ ميعاده من بدء ميعاد الطعن فى الحكم المنهى للخصومة .

ويخضع حساب ميعاد الطعن ، أيا كانت الواقعة التى يبدأ بها ، للقواعد العامة فى المواعيد . ولهذا فانه يبدأ من اليوم التالى لهذه الواقعة ويمتد اذا صادف اليوم الأخير منه عطلة رسمية (٢) ، ويضاف اليه ميعاد مسافة بين

---

(١) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٦٠٨ — ٢٤٥ ويجب التحقق من تاريخ اعلان الحكم من نفس ورقة الاعلان ، فلا يحاج ١١ يناير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٥٤ — ٧) .
الطاعن بتاريخ الاعلان الذى يذكر خطأ فى صحيفة الطعن (نقض مدنى

(٢) نقض مدنى ١٩ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٣٩١ — ٢٠٩ .

موطن الطاعن ومقر المحكمة التى يطعن فى الحكم أمامها (١) . ويقف الميعاد ، اذا تحققت أثناءه قوة قاهرة (٢) أو حادث مفاجىء .

٣٥٥ - رفع الطعن : يرفع الطعن فى الحكم ، كما هو الحال بالنسبة لرفع الدعوى ، بصحيفة تودع قلم الكتاب ، بناء على طلب ممن له الحق فى الطعن . فلا يجوز أن تثير المحكمة طعنا فى الحكم من تلقاء نفسها (٣).

ويوجه الطعن ضد من لرافع الطعن حق الطعن فى مواجهته ، أى الطرف السلبى فى الحق فى الطعن . فلا يقبل الطعن ضد من لم يحكم له بشىء قبل الطاعن (٤) ، أو من كانت مصلحته هى نفس مصلحة الطاعن . ويوجه الطعن الى ذى الصفة السلبية بنفس صفته التى كان مختصما بها فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه (٥) . والعبرة بحقيقة الواقع ، وليس بما قد يرد فى الحكم المطعون فيه (٦) .

ويجب لصحة رفع الطعن ، كما هو الحال بالنسبة لرفع الدعوى ، أن يرفع الطعن من خصم على قيد الحياة وأن يوجه الى من هو على قيد

---

(١) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٦٧ - مجموعة النقض ١٨ - ٧٨٦ - ١٢٠ (بالنسبة للطعن بالاستئناف) و ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ - مجموعة النقض ١٩ - ١٤٥٧ - ٢٢١ (بالنسبة للطعن بالنقض) . ويجب على المحكمة مراعاة اضافة ميعاد المسافة من تلقاء نفسها ، اذ هو جزء من ميعاد الطعن المتعلق بالنظام العام . (نقض ١٨ يناير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ١٦٢٠ لسنة ٥٠ ق .

(٢) نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٨ - مجموعة النقض ١٩ - ٣١٥ - ٤٩ .

(٣) زانزوكى : جزء ثان ص ١٧٣ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٤ - فى الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ ق . كما لو وجه ضد محكوم عليه آخر (نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٤ فى الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٤ ق) أو ضد من لم توجه اليه طلبات وكان موقفه فى الخصومة سلبيا ولم تصدر منه منازعة أو يثبت له دفاع (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٨٠ - فى الطعن رقم ٥٤٥ لسنة ٤٨ ق) . أو ضد من كان قد ادخل ليصدر الحكم فى مواجهته دون ان يقض بشىء ضده أو له (نقض مدنى ٢٨ فبراير ١٩٦٧ - مجموعة النقض ٧١ - ٥٠٩ - ٧٧) .

(٥) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ٦١٠ - ١٢٢ . ٣١ يناير ١٩٦٨ - مجموعة النقض ١٩ - ١٧٠ - ٢٧ .

(٦) نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٤ - مجموعة النقض ١٥ - ٢٩٧ - ٥٠ .

الحياة . فاذا ثبت أن الطعن قد رفع من متوف أو ضد من توفى قبل رفع الطعن ، فان الطعن يكون باطلا ولا تبدأ به خصومة الطعن ، هذا ولو أعلن الطعن بعد ذلك الى ورثة المطعون ضده المتوفى الذى وجه اليه الطعن(١).

ويمكن للطاعن بعد رفع الطعن ، أن يترك الخصومة فيه وفقا لما سبق بالنسبة لترك الخصومة أمام محكمة الدرجة الاولى . وذلك مع ملاحظة أنه اذا ترك الطاعن الخصومة فى الطعن بعد انقضاء ميعاد الطعن ، فان هذا الترك يتضمن نزولا من الطاعن عن حقه فى الطعن (٢) . ولذلك فان هذا الترك يتم ويرتب أثره دون حاجة الى قبول المطعون ضده ، وليس للطاعن أن يرجع فى تركه ولو تم الرجوع قبل هذا القبول . ومن ناحية أخرى ، فانه ليس للطاعن بعد تركه الخصومة أن يعود فيرفع طعنه من جديد اذ ليس له رفع طعن بعد انقضاء ميعاده (٣) .

٣٥٦ — اعلان الطعن : وكما هو الحال بالنسبة لرفع الدعوى ، يجب بعد رفع الطعن اعلانه الى المطعون ضدهم . ويجب أن يعلن الطعن الى جميع الخصوم الذين رفع الطعن ضدهم (٤) . ويخضع الاعلان للقواعد العامة السابق بيانها ولتلك المتعلقة باعلان صحيفة الدعوى (٥) . على أن المشرع يخضع اعلان الطعن لقاعدة خاصة هى أن اعلان الطعن يجب يكون لشخص الخصم أو فى موطنه الاصلى (مادة ٢١٤/) . وعلة هذا هو ضمان وصول صحيفة الطعن الى المطعون ضده . ولهذا فانه لا يجوز اعلان

---

(١) نقض عمال ١٩٨٥/٥/٢٦ فى الطعن رقم ١٠٨٧ لسنة ٥٤ ق . وتكون الخصومة فى الطعن منعدمة) .

(٢) ما لم يكن قد رفع طعنا اخر فى الميعاد ، وترك أحد الطعنين دون الطعن الاخر اذ يبقى طعنه الذى لم يتركه .

(٣) نقض ايجارات ١٦ يناير ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٥٢ ق .

(٤) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٦٦ — ٨١ .

(٥) ولهذا اذا تضمنت صورة الصحيفة المعلنة الى المطعون ضده البيانات الواجب اشتمال أوراق المحضرين عليها ، فانه لا يبطل الاعلان خلو هذه الصورة منها (نقض عمال ١٩٨١/١١/٢٩ فى الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٤٦ ق).

الطعن فى الموطن الذى اختاره المطعون ضده فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، (١) اذ قد تكون صلته قد انقطعت بهذا الموطن .

على أنه يلاحظ ما يأتى :

١ — أنه يجوز الاعلان فى الموطن الخاص للمحكوم له ، أى فى المكان الذى يباشر فيه المعلن اليه تجارة أو حرفة أو مهنة اذا كان الحكم المعلن قد صدر بشأن نزاع متعلق بها أما اذا كان النزاع لايتعلق بهذا الموطن ، فان اعلان الطعن فيه يكون باطلا (٢) .

٢ — أن اعلان الطعن يكون صحيحا ، ولو لم يجد المحضر من يصح تسليم الصورة اليه فى الموطن أو امتنع من وجده عن استلامها فسلم الصورة الى جهة الادارة (٣) .

٣ — أن اعلان الطعن يكون صحيحا فى الموطن المختار المبيين فى ورقة اعلان الحكم (٢/٢١٤) . ذلك أن المحكوم له عندما يختار محلا له فى هذه الورقة ، فانه يفصح عن رغبته فى اعتباره موطنا مختارا بالنسبة لاعلان الطعن اليه (٤) . وهذا الاختيار للموطن يكون له اعتبار بصرف النظر عن توكيل المحكوم له لصاحب المحل ، اذ هو اختيار للمحل وليس

---

(١) ولا يغير من ذلك ان يكون المطعون عليه قد اتخذ من هذا الموطن محلا مختارا له فى منازعاته الاخرى مع الطاعن . (نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٦٣١ — ١٢٥) .

(٢) نقض ايجارات ١٢ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٢٤١٩ لسنة ٥٢ ق.

(٣) مفهوم المخالفة لحكم النقض مدنى ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٨٢٤ — ١٢٣ .

(٤) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٧١٩ — ١٠٨ والاصل انه يمكن الاعلان فى هذا الموطن المختار او فى الموطن الاصلى للمحكوم له ، على انه حكم بانه اذا حدد المحكوم له محل اقامة جديد فى ورقة اعلان الحكم ، فان هذا يعتبر اخطارا منه للطاعن بتغيير محل اقامته الاول الى المحل الجديد مما لا يصح معه بعد ذلك اعلانه فى المحل الاول (نقض مدنى ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مشار اليه) .

للشخص . ولهذا لاعبرة لوجود وكالة بين المحكوم له والمحامى الذى اختير مكتبه محلا مختارا أو بصحة هذه الوكالة أو نطاقها (١) .

٤ — أنه اذا غير المحكوم له موطنه الاصلى الذى كان له أثناء الخصومة التى صدر فيها الحكم ، فانه يلتزم — وفقا للمادة ٢/١٢ — باخبار خصمه بذلك . فان لم يفعل ، صح اعلانه فيه وتسلم الصورة لجهة الادارة عند الاقتضاء وفقا للقواعد العامة فى الاعلان . ذلك أن خصومة الطعن تعتبر مرحلة مكملة لنفس الخصومة التى صدر فيها الحكم .

٥ — أنه اذا كان المطعون ضده هو من بدأ الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، ولم يكن قد بين فى صحيفة دعواه أو صحيفة استئنافه موطنه الاصلى (٢) ، واقتصر على بيان موطن مختار فيها ، فانه يجوز للطاعن — استثناء — اعلانه بالطعن فى هذا الموطن المختار (مادة ٢١٣/(٣) . ذلك أن تكليف الطاعن فى هذه الحالة بالبحث عن الموطن الأصلى للمطعون ضده قد يضيع عليه ميعاد الطعن . ويؤخذ بنفس الحل اذا كان المطعون ضده لم يبين موطنا مختارا فى الصحيفة ، ولكنه وكل محاميا عنه ، اذ يعتبر مكتبه — وفقا للمادة ١/٧٤ — موطنا مختارا له . وللطاعن اعلان الطعن فى الموطن المختار وفقا للمادة ٢/٢١٤ ولو علم

---

(١) رمزى سيف : بند ٦٠٨ ص ٧٩٠ وما بعدها . واذا تعدد المطعون ضدهم ، وجب اعلانهم بصور متعددة بقدر تعددهم ولو تم اعلانهم فى محل مختار واحد . على انه اذا كان المحل مكتب محام موكل عنهم جميعا ، فانه يجوز اعلانهم بصورة واحدة من صحيفة الطعن (نقض مدنى ٢٩ مايو ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٧٥٠ — ١٠٥) .

(٢) أو بين موطنا غير صحيح أو بينه بيانا غير كاف لاعلام ذوى الشأن بهذا الموطن اعلاما يمكنهم من معرفته والاهتداء اليه (نقض مدنى ١٢ مايو ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٤٨ ق . و ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ — عدد ٤ — ص ١٧٢ بند ١٠) .

(٣) ولا يسرى هذا الاستثناء على ورقة اعلان تعجيل الخصومة بعد انقطاعها . فاذا عجل الورثة السير فى الخصومة ، ولم يبينوا فى ورقة اعلان التعجيل موطنهم الاصلى واتخذوا فيه موطنا مختارا ، فلا يجوز اعلانهم بالطعن فى هذا الموطن المختار ، اذ اعلان التعجيل لا يقوم مقام صحيفة افتتاح الدعوى . (نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٤٥ ق) .

بالموطن الأصلى للمطعون عليه من أية ورقة فى الدعوى غير صحيفة الدعوى أو صحيفة الاستئناف (١) ، أو ثبت أنه لم يكن يجهل هذا الموطن بسبب علاقة العمل بينه وبين المطعون عليه (٢) .

٣٥٧ ـ تحقق سبب من اسباب انقطاع الخصومة اثناء ميعاد الطعن :

اولا : فى المحكوم عليه : اذا حدث أحد أسباب انقطاع الخصومة بعد بدء ميعاد الطعن ، سواء بدأ الميعاد بصدور الحكم أو باعلانه أو بأية واقعة أخرى ، فان الميعاد يقف ، ولا يستأنف سيره ويستكمل مدته الا بعد اعلان الحكم الى من قام مقام الخصم الذى توفى أو فقد أهليته أو زالت صفة من كان يمثله . واذا كان سبب الانقطاع هو وفاة المحكوم عليه ، وكان قانون بلده يمنح الوارث ميعادا لاتخاذ قرار بشأن قبوله صفة الوارث ، فلا يستأنف ميعاد الطعن سريانه بالاعلان الا بعد انقضاء ذلك الميعادالممنوح للوارث (مادة ٢١٦) . فاذا لم يتم هذا الاعلان ، فان ميعاد الطعن يظل مفتوحا حتى يسقط حق الطعن بمضى خمسة عشر عاما وفقا للقواعد العامة (٣) .

ثانيا : فى المحكوم له : اذا تحقق سبب من أسباب انقطاع الخصومة فى المحكوم له أثناء ميعاد الطعن كما لو توفى أو فقد أهليته أو زالت صفة من كان يمثله ، فانه تمكينا للمحكوم عليه من رفع الطعن واعلانه فى الميعاد يجوز له أن يوجه الطعن واعلانه ـ فى حالة الوفاة ـ الى ورثة الخصم المتوفى جملة بصفتهم كورثة دون ذكر أسمائهم ، وأن يعلن الطعن لهم فى آخر موطن كان لمورثهم . وذلك لأنه فى حاجة الى بعض الوقت ليتمكن من معرفتهم أو معرفة أوطانهم (٤) . فاذا كان سبب الانقطاع هو فقد

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٤٩٢ ـ ٢٨٠ .

(٢) نقض عمال ١٩ أبريل ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٣٧ لسنة ٤٤ ق .

(٣) محمد كمال عبد العزيز : ص ٤٢٢ .

(٤) ويمكن للطاعن الاستفادة من هذه الرخصة ، ولو كانت لديه الفرصة الكافية للتحرى عن محل اقامة جميع الورثة اذ لا محل للبحث ـ عند تطبيق النص ـ فى الحكمة منه . (نقض مدنى ١٥ أكتوبر ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٢٥٨ ـ ١٨٩) .

أهلية المحكوم له أو زوال صفة من يمثله ، فان للمحكوم عليه أن يرفع الطعن ويعلنه – رغم تحقق هذا السبب – فى مواجهة المحكوم له فاقد الأهلية أو من كان يمثله وزالت صفته (مادة ٢١٧) • وفى هذه الصورة ينتج رفع الطعن واعلانه – رغم بطلان كل منهما لتوجيهه الى شخص لا أهلية لديه أو صفة فى توجيهه اليه – أثرا قانونيا هو حفظ حق المحكوم عليه فى الطعن من السقوط (١) •

على أنه يجب لصحة الطعن أو لصحة الاعلان للورثة على النحو المتقدم ، أو لكى يرتب رفع الطعن أو اعلانه لفاقد الأهلية أو من زالت صفته أثره :

١ – أن يحدث سبب الانقطاع أثناء ميعاد الطعن (٢) ، أى بعد بدئه وقبل انقضائه • فاذا كان ميعاد الطعن يبدأ من اعلان الحكم وتحقق سبب الانقطاع قبل صدور الحكم أو بعد صدور الحكم وقبل هذا الاعلان ، فلا ينطبق النص •

٢ – أن يتم رفع الطعن خلال ميعاد الطعن • ويرفع الطعن – كما سنرى عند دراسة طرقه المختلفة – بايداع صحيفة الطعن قلم كتاب المحكمة المطعون أمامها •

٣ – أن يتم اعلان الورثة جملة ، أو اعلان فاقد الأهلية أو من زالت صفته ، قبل انقضاء الثلاثة أشهر التى ينص القانون على جواز اعتبار الطعن كأن لم يكن اذا لم يتم الاعلان خلالها •

٤ – أن يقوم الطاعن باعادة اعلان الطعن الى جميع الورثة بأسمائهم وصفاتهم لأشخاصهم أو فى موطن كل منهم ، أو الى من تولى تمثيل الخصم فاقد الأهلية ، أو الى من زالت صفة من كان يمثله ، لشخصه أو فى موطنه ، وذلك قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن أو فى الميعاد الذى تحدده المحكمة

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٨١ – فى الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٤٦ ق .

(٢) نقض مدنى ١١ مارس ١٩٧١ – مجموعة النقض ٢٢ – ٢٨٢ – ٤٥ • و ١٣ يونيه ١٩٦٣ – مجموعة النقض ١٤ – ١٨٠ – ١٤٤ •

(مادة ٢١٧) . ولا يلزم اعادة الاعلان خلال ميعاد الثلاثة أشهر سالفة الذكر .

وتفترض المادة ٢١٧ فى حالة وفاة المحكوم له أن يكون الطاعن المحكوم عليه على علم بهذه الوفاة ، اذ بغير هذا العلم لا يستطيع أن يوجه الطعن ويعلنه الى الورثة جملة . فاذا حدث ولم يكن عند الطعن يعلم بهذه الوفاة ، فوجه الطعن أو أعلنه الى المتوفى ، فان الطعن (١) أو اعلانه يكون باطلا . ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الورثة فلهم وحدهم التمسك به (٢) . ويمكن لهم التمسك به ولو بعد الكلام فى الموضوع (٣). ويعتبر جهل الطاعن بوفاة خصمه عذرا يترتب عليه وقف سريان ميعاد الطعن فى الفترة من وقت توجيه الاجراء فى مواجهة المتوفى الى وقت علمه بهذه الوفاة . وعلى الطاعن بمجرد العلم بالوفاة أن يعيد توجيه الطعن الى الورثة جملة فى ميعاد الطعن والا سقط حقه فيه (٤) .

٣٥٨ — تعدد الطعون : قد تتعدد الطعون المرفوعة ضد نفس الحكم رغم عدم تعدد الخصوم أى رغم أن الخصومة تقوم بين مدع واحد ومدعى عليه واحد . ويظهر هذا التعدد فى صورتين :

(أ) تعدد طرق مختلفة للطعن : تنظم هذه المشكلة القواعد التالية (٥):

١ — لا تقوم معارضة الغائب مع الاستئناف أو النقض أو التماس

---

(١) نقض عمال ١٩٨٥/٥/٢٦ فى الطعن رقم ١٠٨٧ لسنة ٥٤ ق . (اذا ثبت أن أحد المطعون ضدهم قد توفى قبل رفع الطعن ، فان الخصومة فى الطعن تكون منعدمة بالنسبة له) .

(٢) نقض مدنى ١٩٨١/٥/٣١ فى الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٤٤ ق . و ٩ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١ — ١٣٥٠ — ١٨٧ .

(٣) نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٥٨٦ — ١٧١ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٩ فى الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٦ ق . و ١٣ مارس ١٩٧٥ — مشار اليه .

(٥) كوستا : بند ٣٢٢ ص ٣٦٨ . زانزوكى : جزء ثان بند ٣٥ ص ٢٠٦ — ٢٠٧ .

اعادة النظر ٠ ٢ ــ لا يقوم الاستئناف مع النقض أو التماس اعادة النظر ٠ ٣ ــ يمكن أن يقوم النقض مع التماس اعادة النظـــر ٠

(ب) تعدد الطعون من نفس النوع : لا يوجد ما يمنع الطاعن بطريق معين من أن يرفع طعنا آخر من نفس النوع عن نفس الحكم ليستدرك ما فاته من أسباب الطعن طالما أن ميعاد الطعن ما زال ممتدا ولم يفصل فى موضوع الطعن الأول ٠ وتقرر المحكمة عندئذ ضم الطعنين لنظرهما معا(١)٠ ومن ناحية أخرى فانه يمكن تعدد نفس الطعن من الخصمين ، اذا صدر الحكم، وكان لكل من الطرفين الحق فى الطعن فيه ٠ على أنه توحيدا للاجراءات يرفع الطعن التالى فى نفس خصومة الطعن التى بدأها الاول ٠ وعندئذ يسمى أول طعن يرفع بالطعن الأصلى ، وبه تبدأ خصومة الطعن ٠ فاذا أراد من قدم ضده الطعن الاصلى أن يطعن فى نفس الخصومة فان الطعن الذى يرفعه يعتبر طعنا مقابلا ٠ (٢) ٠ على أن هذا لا يعنى تبعية الطعن المقابل للطعن الاصلى ٠ فكل طعن يجب أن يرفع فى شكله القانونى وفى ميعاد الطعن الخاص به ٠ واذا زال الطعن الاصلى لأى سبب فان هذا الزوال لا يؤثر فى بقاء الطعن المقابل ووجوب نظره ٠

٣٥٩ ــ تعدد الخصوم : اذا تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم فالقاعدة العامة أنه يمكن الطعن من المحكوم عليهم أو ضد بعض المحكوم لهم ، دون حاجة لادخال الآخرين ((٣) ٠ وهذا الطعن « لا يفيد الا من رفعه ولا يحتج به الا على من رفع عليه » (مادة ٢١٨ /) ٠ فمن لم يطعن من المحكوم عليهم فى الميعاد يصبح الحكم فى مواجهته غير قابل للطعن ولا يكون طرفا فى خصومة الطعن ، وليس له الانضمام الى الطعن بعد الميعاد (٤) ، ولا يستفيد اذا عدل الحكم فى خصومة الطعن ٠ ومن

---

(١) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٧٦ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٥١٥ ــ ١٠٤ ٠

(٢) كوستا : بند ٣٢٥ ص ٣٧٤ ٠

(٣) نقض مدنى اول يونيو ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٧١٦ ــ ١١٨ ٠

(٤) نقض مدنى ٦ فبراير ١٩٦٤ــ مجموعة النقض ١٥ ــ ١٩٩ ــ ٣٥ ٠

لم يوجه اليه الطعن من المحكوم لهم ، لا يعتبر طرفا فى خصومة الطعن ولا يجوز ادخاله فيها بعد انقضاء ميعاد الطعن ، واذا ألغى الحكم الصادر فى خصومة الطعن ، فان له رغم هذا الالغاء التمسك بهذا الحكم ، اذ الحكم الصادر فى الطعن لا يكون حجة فى مواجهته . وهذه هى قاعدة نسبية أثر الطعن . ونتيجة لهذه القاعدة ، فانه اذا بطل رفع الطعن الموجه من أحد الخصوم (١) أو الموجه الى أحد الخصوم (٢) ، فانه يبطل بالنسبة له وحده ولا يؤثر فى صحة رفع الطعن من أو ضدغيره من الخصوم . ذلك أن خصومة الطعن تستقيم بالنسبة للبعض دون البعض الآخر .

على أن هذه القاعدة تؤدى على اطلاقها الى حلول لا يمكن قبولها ، لهذا يقرر القانون الخروج عليها بالنسبة لبعض الاحكام (مادة ٢١٨) . وتنقسم هذه الاحكام من حيث مدى خروج الطعن فيها على قاعدة نسبية أثر الطعن الى طائفتين :

الطائفة الاولى : وتشمل الاحكام الصادرة فى :

(أ) **موضوع غير قابل للتجزئة** : وتوجد عدم تجزئة بالنسبة لدعاوى الالزام اذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام وفقا للمادة ٣٠٠ مدنى (٣) بحيث اذا صدر بشأنه حكما الزام متعارضان استحال بصفة مطلقة تنفيذها فى نفس الوقت . كما يكون الموضوع غير قابل للتجزئة بالنسبة للدعاوى التقريرية والدعاوى المنشئة المتعلقة برابطة قانونية واحدة متعددة الأطراف أو بين طرفين ولكن الدعوى بشأنها مرفوعة من الغير (٤) . ومثال هذه الاحكام الحكم بالزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة أو الحـ...

---

(١) وليس لمن بطل الطعن المرفوع منه أن يتدخل انضماما (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٤٢ — ٥) .

(٢) نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٩٦ — ٦٥ . و ٤ يناير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٣ — ٤٢ — ٥ .

(٣) وذلك سواء كان عدم القابلية للانقسام راجعا الى طبيعة محل الالتزام أو الى غرض المتعاقدين أو اتفاقهما . انظر : عبد الرزاق السنهورى الوسيط جزء ثالث ١٩٦٨ بند ٢١٠ ص ٣٧٤ وما بعدها

(٤) ما سبق بند ٢٠٣ . وانظر : دونوفريو : جزء أول بند ٦٨٥ ص ٥٦٣ .

الصادر بتصفية شركة أو حل نقابة (١) ، أو فسخ عقد أو تقرير صحة أو بطلان عقد ، أو الحكم بتثبيت ملكية منزل (٢) ، أو بصحة أو بطلان حكم ايقاع البيع (٣) أو صورية عقد بيع (٤) أو صحته ونفاذه (٥) .

(ب) دعوى يوجب فيها القانون اختصام أشخاص معينين : كما هو الحال فى دعوى الشفعة (٦) أو دعوى قسمة المال الشائع أو دعوى صحة ونفاذ عقد البيع اذا كان البائع لم يسجل عقد شرائه اذ يجب اختصام البائع والبائع للبائع (٧) . وقد قدمنا أن الامر هنا يتعلق بتعدد اجبارى .

(ج) التزام بالتضامن : ويكون الأمر كذلك ولو كان محل الالتزام قابلا للانقسام . ويقتصر الامر على حالة التضامن بين المدينين ، دون التضامن بين الدائنين (٨) . ومن ناحية أخرى فانه حتى بالنسبة للتضامن بين المدينين لا ينطبق النص الا على من كان منهم مختصما فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه .

وتتوافر هذه الحالات الثلاث اذا تعدد الخصوم (٩) ، ولو حدث تعددهم بعد بدء الخصومة الصادر فيها الحكم المطعون فيه ، سواء بسبب

---

(١) نقض مدنى ٤ ابريل ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ٤١١ ـ ٦٠ .

(٢) استئناف مصر ٢٨ يونيو ١٩٣٢ ـ المحاماة ١٣ ـ ٧٠٨ ـ ٣٥٠ .

(٣) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٩٧٧ ـ ١٥٢ .

(٤) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٥٩٨ ـ ٩٦ .

(٥) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٧٧ ـ فى الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤٣ ق .

(٦) نقض مدنى ٨ ابريل ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٤٧٦ ـ ٧٧ .

(٧) نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٣٣٠ ـ ٢٥٤ .

(٨) وذلك ما لم يكن محل الالتزام غير قابل للانقسام اذ نكون بصدد الحالة الاولى .

(٩) ولا يتوافر التعدد اذا كان احد الماثلين فى الخصومة لم يختصم الا ليصدر الحكم فى مواجهته اذ لا يعتبر خصما بالمعنى الصحيح (نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٩٥٢ ـ ٧١٥ . وأول مارس ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٤٨٦ ـ ٦٧) .

خلافه عامة عند تعدد الورثة (١) أو بسبب التدخل فى الخصومة (٢) .

وفى هذه الحالات الثلاث ، حرص القانون على تفادى صدور حكم فى الطعن يتعارض مع الحكم المطعون فيه ، وهو ما قد يحدث اذا لم يكن الحكم فى الطعن نافذا فى مواجهة جميع الخصوم . ولتحقيق هذا الهدف تقرر المادة ٢/٢١٨ ما يلى :

١ ـ اذا تعدد المحكوم عليهم ورفع بعضهم طعنا صحيحا فى الميعاد ، فان للمحكوم عليهم الآخرين الذين فوتوا ميعاد الطعن ، أو قبلوا الحكم ، الطعن فى الحكم ولو بعد الميعاد . ويكون لهم هذا سواء بطعن جديد او بالتدخل انضماما الى الطعن القائم (٣) . ويثبت هذا الحق للمحكوم عليه الآخر ولو كان قد طعن وترك الخصومة فى الطعن (٤) . على أنه يجب أن يستند الطعن الجديد الى نفس أسباب الطعن المرفوع فى الميعاد ، فليس لرافع الطعن أو المنضم بعد الميعاد أن يطلب لنفسه طلبات مستقلة تغاير طلبات الطاعن فى الميعاد أو تزيد عليها (٥) . فان لم يقم أحد من هؤلاء باستعمال الرخصة المخولة له بالطعن بعد الميعاد ، أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن (٦) . فان لم يفعل ، قضت المحكمة ـ ولو من تلقاء

---

(١) نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق . ونقض ضرائب ٢٩ يناير ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق . ونقض مدنى ١٧ يونيو ١٩٧١ ـ مجموعة النقض ٢٢ ـ ٧٦٤ ـ ١٢٥ .

(٢) وذلك ما لم يكن التدخل تدخلا انضماميا بسيطا ، اذ عندئذ تمتد حجية الحكم الصادر فى الطعن الى المتدخل فى الخصومة التى صدر فيها الحكم ولو لم يكن طرفا فى الطعن . (نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ ـ مجموعة النقض ١٥ ـ ١٢٦٦ ـ ١٨١) .

(٣) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١١٤٦ ـ ١٥٥ .

(٤) نقض مدنى ٥ ابريل ١٩٧٧ ـ فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق .

(٥) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٣٨١ ـ ٦٠ .

(٦) وللطاعن اختصامه من تلقاء نفسه ودون انتظار أمر المحكمة . ويلاحظ ان اختصام باقى المحكوم عليهم من قبل الطاعن لا يعنى انهم اصحاب مصلحة متعارضة معه بل هو يوجه اليهم الطعن كمنضمين اليه فى طعنه =

نفسها — بعدم قبول الطعن (١) .

٢ — اذا تعدد المحكوم لهم ، ورفع الطعن على بعضهم صحيحا فى الميعاد ، وجب على الطاعن اختصام باقى المحكوم لهم فى الطعن ولو بعد الميعاد ، فان لم يفعل قضت المحكمة — ولو من تلقاء نفسها — بعدم قبول الطعن (٢) .

وفضلا عما تقرره المادة ٢١٨ / ٢ فى هذا الشأن ، فلان المشرع يجعل الخصومة فى الطعن فى الحالات التى يشير اليها النص متعددة الاطراف تعددا اجباريا ، وبعبارة أخرى يجعل قضية الطعن غير قابلة للتجزئة ، فقد استقرت محكمة النقض — بحق — على أنه اذا كان رفع الطعن من بعض الطاعنين (٣) أو على بعض المطعون عليهم (٤) باطلا ،

=

(نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق) . ولهذا ليس لطاعن اختصام أحد المحكوم عليهم معه فى غير الحالات الثلاث التى تنص عليها المادة ٢١٨ (نقض تجارى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ٥٢ ق .) .

(١) نقض ايجارات ١٩٨٢/٢/٢٢ فى الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٤٦ ق . وتنطبق هذه القاعدة ايضا فى حالة القضاء ببطلان او بعدم قبول الطعن المرفوع من بعض المحكوم عليهم ، (نقض ايجارات ١٩٨٢/١/١٤ — فى الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٧ ق .) .

(٢) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٦٥ — ٨٧ .

(٣) نقض مدنى ٢٨ فبراير ٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٠٩ — ٧٧ . ومع ذلك انظر حكما حديثا لمحكمة النقض يخالف — بالنسبة لتعدد الطاعنين — الاتجاه الذى استقر عليه قضاؤها فى هذا الصدد . فقد جاء فى حكم دائرة الايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق . ان مؤدى نص المادة ٢/٢١٨ « قيام ذلك الحق للمحكوم عليه حتى ولو كان قد سبق له أن رفع طعنا قضى ببطلانه او بعدم قبوله مما مفاده انه اذا كان المحكوم عليهم قد طعنوا فى الحكم بطعن واحد رفع صحيحا من بعضهم وباطلا من الآخرين فان ذلك لا يؤثر فى شكل الطعن المرفوع صحيحا من الاولين على أن يكون لاولئك الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم أن يتدخلوا منضمين الى زملائهم فى طلباتهم بحيث اذا قعدوا عن ذلك وجب على المحكمة ان تأمر الطاعنين باختصامهم فيه . وذلك تغليبا من المشرع لموجبات صحة اجراءات الطعن واكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها باعتبار أن الغاية من الاجراءات هى وضعها فى خدمة الحق وذلك بتمكين الصحيح من الباطل ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح ليبطله . فاذا ما تم اختصام باقى المحكوم عليهم استقام شكل الطعن واكتملت له موجبات قبوله .

(٤) نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٩٨ — ٩٦ . و ١٦ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٤٠٥ — ١٩٤ . ونفس

=

فان الطعن يبطل بالنسبة للجميع • ويكون الامر كذلك ولو رفع الطعن الباطل فى الميعاد (١) ، وسواء كان الطعن الباطل هو الطعن الذى رفع فى الميعاد أو هو الطعن اللاحق الذى رفع ــ وفقا للمادة ٢١٨/٢ ــ بعد الميعاد • فبطلان الطعن بالنسبة للبعض يؤدى الى بطلان كلى يشمل جميع الطعون فى القضية (٢) • على أنه يلاحظ أنه اذا كان البطلان غير متعلق بالنظام العام فان هذا البطلان ــ رغم عدم قابلية قضية الطعن للتجزئة ــ لايجوز التمسك به الا ممن شرع لمصلحته ، فليس لغيره ولو كان سيستفيد من تقرير بطلان الطعن التمسك بهذا البطلان (٣) • وهذا الذى ذكرناه بالنسبة للبطلان ، يجب الأخذ به أيضا بالنسبة لجواز اعتبار الطعن كأن لم يكن لعدم اعلانه فى ميعاد الثلاثة أشهر الى أحد المطعون ضدهم • فيكون اعتبار الطعن كأن لم يكن بالنسبة للجميع (٤) •

الأمر اذا تنازل الطاعن عن اختصام احد المطعون ضدهم ، اذ ان نزوله عن هذا الاختصام يتساوى فى الامر مع عدم اختصامه أصلا . (نقض ضرائب ٢٩ يناير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق) . وقد قضى بأنه اذا أغفل الطاعن بالنقض بعض المحكوم عليهم فى الحكم المطعون عليه الصادر فى موضوع غير قابل للتجزئة فان طعنه يكون باطلا بالنسبة للجميع ، وذلك لعدم انطباق الشق الثانى من نص المادة ٢١٨/٢ على الطعن بالنقض (نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق) .

(١) فلا يجوز اذا رفع الطعن باطلا بالنسبة للبعض ، تطبيق المادة ٢١٨/٢ (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ ٥٤٢ ــ ٥) .

(٢) انظر بالتفصيل : نظرية البطلان للمؤلف بند ٣٧٣ ص ٦٦١ ــ ٦٦٦ .

(٣) نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٧٠ ــ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٥ ــ ٧١٧ ــ ٧٦ .

(٤) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٧ ــ فى الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٣ ق . و ٣٠ أبريل ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ٨٨٦ ــ ١٢٩ .

ويلاحظ أن الطاعن اذا لم يعلن جميع من وجه اليهم الطعن خلال ميعاد الثلاثة اشهر ، واعتبر الطعن بالنسبة لبعضهم كأن لم يكن فانه لا لا يستطيع اعلان هؤلاء بعد انقضاء الثلاثة اشهر استنادا الى المادة ٢١٨/٢ ، فهذه المادة تتعلق فقط بمد ميعاد الطعن (نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٧٧ ــ فى الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٣ ق . و ١٢ مارس ١٩٧٠ ــ مجموعة النقض ٢١ ــ ٤٤٠ ــ ٧٠) .

على أن قضاء محكمة النقض يتجه الى عدم تطبيق النتائج سالفة الذكر عند تعدد الورثة فى موضوع غير قابل للتجزئة يخص التركة وذلك فى الحالات التى ينتصب فيها أحد الورثة قائما مقام غيره من الورثة (١) . ففى هذه الحالات يكفى تمثيل التركة بوارث واحد ، ولا داعى لاختصام جميع الورثة فى الطعن ، ولو كانوا قد اختصموا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، اذ أن الوارث الذى يصح اختصامه فى الطعن يعتبر قائما مقام باقى الورثة (٢) .

الطائفة الثانية : الضامن وطالب الضمان : وفقا للمادة ٣/٢١٨ : —

١ — اذا حكم عليهما فى الدعوى الاصلية ، وطعن أحدهما فى الميعاد ، فان الآخر الذى فوت الميعاد أو قبل الحكم « يفيد .. من الطعن المرفوع » ويشترط لذلك أن يكون دفاعهما فى هذه الدعوى الاصلية واحدا (٣).

---

(١) أنظر فى هذا ما سبق بند ١٩٩ .

(٢) وتطبيقا لهذا حكم بانه اذا تمسك ورثة البائع المحكوم عليهم بأن العقد المحكوم بصحته ونفاذه هو عقد باطل لعدم استيفائه الشكل الرسمى فى موضوع غير قابل للانقسام ، فان بطلان الطعن المرفوع من أحد الورثة الطاعنين لايحول دون قيامه بالنسبة للاخرين . (نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٤٤ ق) . وانه اذا قام أحد هؤلاء الورثة بالطعن فى الحكم ، فانه يعمل بهذا كنائب شرعى عن التركة وقائم مقام باقى الورثة ، ولهذا فان الحكم الصادر فى الطعن يمتد أثره الى باقى الورثة . ولهذا أيضا اذا كان باقى الورثة قد وكلوه فى رفع هذا الطعن ولكن لم يقدم المحامى عنه التوكيل الصادر منهم للطاعن ، فانه لا يقبل من المطعون ضده الدفع بعدم قبول طعنهم لرفعه من غير ذى صفة لانعدام المصلحة فيه . وانظر حكما حديثا لمحكمة النقض يأخذ باتجاه مخالف جاء فيه انه اذا كان النزاع غير قابل للتجزئة واختصم جميع الورثة فى الدعوى ، فانه يجب اختصامهم جميعا فى الاستئناف المرفوع عن الحكم ولا يكفى اختصام البعض منهم فقط ، اذ لا ينوب حاضر فى الطعن عمن كان حاضرا مثله فى الخصومة التى صدر فيها ذلك الحكم . (نقض ضرائب ٢٩ يناير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٤٣ ق .) — وانظر حكما آخر فى هذا الاتجاه يقضى بانه اذا كان النزاع لا يقبل التجزئة ، وصدر الحكم ضد الورثة ، فانفرد أحدهم بالطعن فيه ، فان الواجب على الطاعن — وفقا للمادة ٢/٢١٨ — بناء على أمر المحكمة اختصامهم فى الطعن (نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق .) .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٨/٥/٢ — فى الطعن رقم ٩٤١ لسنة ٤٤ ق .

فاذا اختلف دفاعهما فلا يفيد من هذا الطعن . ولكن ما معنى الافادة هنا ؟ ليس معناها كما فى الطائفة الاولى أن التعدد يكون اجباريا وانما تعنى الافادة أن يكون لمن فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم منهما أن ينضم الى طعن الآخر ، فان لم يفعل فان الطعن ينظـر دون اختصامه .

٢ ـ اذا حكم لهما فى الدعوى الأصلية ، ورفع الطعن ضد أحدهما فى الميعاد ، فان للطاعن أن يختصم الآخر ولو بعد الميعاد . فان لم يفعل ، فان الطعن ينظـر دون اختصامه (١) .

وفى الحالين ، لا يؤدى بطلان الطعن المرفوع من أحدهما أو على أحدهما الى بطلان الطعن المرفوع من أو على الآخر .

المبحث الثانى
الطعن بالاستئناف

٣٩٠ ـ فكرة الاستئناف : الاستئناف هو طريق طعن عادى ، به يطرح الخصم ، الذى صدر الحكم كليا أو جزئيا لغير صالحه ، القضية كلها أو جزءا منها أمام محكمة أعلى من تلك التى أصدرت الحكم (٢) . والاستئناف هو الوسيلة التى يطبق بها مبدأ التقاضى على درجتين . ومن الناحية النظرية ، يمكن تصور قضاء ثانى درجة اما كوسيلة لمراقبة حكم أول درجة ، وبهذا ينتهى حكم ثانى درجة بتأييد أو عدم تأييد ذلك الحكم ، وأما كوسيلة لاعادة نظر نفس القضية بنفس السلطات التى كانت لقاضى أول درجة (٣) . وقد نشأ الاستئناف تاريخيا على الاساس الاول يرمى الى اصلاح الخطأ فى التقدير الذى يقع فيه قاضى أول درجة ، ولكن التشريعات الحديثة ـ ومنها القانون المصرى ـ تنظم الاستئناف على أساس فكرة أن حكما واحدا فى النزاع لا يقدم ضمانات كافية . فمحل

(١) نقض مدنى ١٩٧٩/٣/١٩ ـ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق . (لم يوجب المشرع اختصام الضامن فى الطعن المرفوع عن الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية) .

(٢) موريل : بند ٦١٣ ص ٤٧٩ . فنسان : بند ٥٩٩ ص ٧٧٣ .

(٣) كوستا : بند ٣٣٣ ص ٣٨٤ .

الاستئناف ليس حكم أول درجة ، ولكن نفس القضية التى نظرها قاضى أول درجة (١) . أما ما يكون فى الحكم المطعون فيه من عيوب ، سواء اتصلت بعدالته أو بصحته ، فانها تواجه فى الاستئناف بطريق غير مباشر . فالمشرع يفترض أن قاضى الاستئناف لا يقع فى الأخطاء التى وقع فيها قاضى أول درجة (٢) . ولا يغير من هذا ما ينص عليه القانون من وجوب بيان أسباب الاستئناف (مادة ٢٣٠) ، فهذا البيان انما يراد به اضفاء حد أدنى من الجدية على استئناف الاحكام (٣) . فلا يفرض القانون بيان أسباب معينة لا يرفع الاستئناف الا على أساسها . فضلا عن أن عدم صحة السبب الذى يشير اليه المستأنف لا يحول دون المحكمة ونظر الاستئناف (٤) . كما لا يغير من تلك الفكرة ، ما جرى عليه الاصطلاح من أن حكم ثانى درجة يؤيد أو يلغى حكم أول درجة . فالواقع أنه ولو كان حكم أول درجة معيبا ، فان المحكمة الاستئنافية تبحث موضوع القضية مباشرة دون حاجة لبحث عيوب هذا الحكم (٥) . وهى عندما تصدرحكما فى هذا الموضوع فانه يحل محل حكم أول درجة ، ويكون الحكم الوحيد فى القضية (٦) .

ولأن التقاضى على درجتين ، فان الاستئناف لا يكون الا مرة واحدة . حقيقة أنه من الناحية النظرية يمكن تطلب نظر النزاع أكثر من مرتين ، ويمكن أن يستمر هذا — بحثا عن العدالة المؤكدة — الى مالا نهاية . ولكن التنظيم القانونى ليس تنظيما نظريا وانما هو يراعى الاعتبارات العملية ، وهو لا يحرص على العدالة أكثر من حرصه على استقرار الروابط القانونية . ولهذا ، فان التشريعات المختلفة تقرر أنه تكفى درجتان

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٦ ص ٥٤٩ — ٥٥٠ .
(٢) كلمندريه : عيوب الحكم — مشار اليها — بند ١١ ص ١٨٦ — ٨١٧.
(٣) كوستا : الاشارة السابقة .
(٤) ساتا : بند ٢٥٢ ص ٣٣٩ .
(٥) Calamendrei : Sopravvivenza della querella di nullita nel procceso civile vigente. in : Scritti giuridici în onore dî Antonîo Scîaloja- V. 4 - p. 137.
(٦) ساتا : بند ٢٥٢ ص ٣٤٠ .

للتقاضي لتحقيق قدر معقول من العدالة . فالاستئناف لا يكون سوى مرة واحدة (١) . فلا يجوز — ولو باتفاق الأطراف — استئناف حكم صادر من محكمة ثاني درجة (٢) . ومن ناحية أخرى ، فانه لا يجوز — ولو باتفاق الأطراف — الالتجاء مباشرة الى محكمة الدرجة الثانية . فالمحكمة الاستئنافية لا تنظر الا قضية سبق نظرها من محكمة أول درجة (٣) .

٣٦١ — الاحكام القابلة للاستئناف : تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين ، فان القاعدة هي أن جميع الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن بالاستئناف (٤) ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (مادة ٢١٩/١) . وينص القانون في هذا الصدد على مبلغ معين يكون الحكم الصادر في قضية مقدرة بحدوده نهائيا غير قابل للاستئناف . ويسمى هذا المبلغ بالنصاب النهائي للمحكمة . وهذا النصاب هو خمسون جنيها بالنسبة للمحاكم الجزئية وخمسمائة جنيه بالنسبة للمحاكم الابتدائية. فالدعوى التي لا تتجاوز قيمتها خمسين جنيها يكون الحكم الصادر فيها من المحكمة الجزئية انتهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف (مادة ٤٢ / ١) . والدعوى التي لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيها يكون الحكم الصادر فيها من المحكمة الابتدائية انتهائيا لا يقبل الاستئناف (مادة ٤٩ معدلة بقانون ٩١ لسنة ١٩٨٠) . ويكون الأمر كذلك أيا كان نوع الدعوى ، شخصية أو عينية ، منقولة أو عقارية ، مادامت ليست من دعاوى الاحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية (٥) . وعلة تحديد نصاب نهائي للمحكمة هو ما يكلفه الاستئناف

---

(١) ساتا : بند ٢٥٣ ص ٣٤٩ .

(٢) ليبا : رسالة مشار اليها ص ٨٠ .

(٣) ديباش : رسالة بند ٢١١ ص ١٨٩ . وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

(٤) كيوفندا : بند ٣٩٨ ص ٥٥٦ . كوستا : بند ٣٣٤ ص ٣٨٤ .

(٥) اذ تكون هذه خاضعة بالنسبة للقابلية للاستئناف للائحة ترتيب المحاكم الشرعية . (نقض مدني ٩ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٥١٥ — ٧٢) .

من نفقات سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للدولة (١) •

وتقدر قيمة الدعوى ، لمعرفة قابلية الحكم الصادر فيها للاستئناف ، وفقا للقواعد السابق بيانها بالنسبة لتقدير قيمة القضية لتحديد الاختصاص القيمي وبالنسبة لأثر وحدة الخصومة على قواعد الاختصاص • مع ملاحظة ما يأتي :

١ ـ العبرة بقيمة القضية ، وليس بما يحكم به القاضي • ذلك أنه لو نظر الى قيمة الحكم لاستطاع القاضي جعل أحكامه كلها غير قابلة للاستئناف ، وذلك عن طريق تجزئة قراره في الدعوى الواحدة ، أو الحكم فقط بما يدخل في نصابه النهائي (٢) •

٢ ـ لنفس العلة ، فان قابلية الحكم للاستئناف لا ترتبط بالتكييف الذي يعطيه قاضي أول درجة لحكمه • فلو وصف هذا القاضي حكمه بأنه انتهائي فلا يمنع هذا الوصف استئناف الحكم لو كان يقبله • كذلك لو وصف حكمه بأنه ابتدائي فان هذا الوصف لا يجعله قابلا للاستئناف لو كان لا يقبله • فليس لقاضي أول درجة أن يغير وصف الحكم كما يحدده القانون • فان فعل ، كان من سلطة المحكمة الاستئنافية تحديد الوصف الصحيح (٣) • كذلك فان المحكمة الاستئنافية هي التي تحدد ما اذا كان الحكم المطعون فيه صدر من محكمة أول أو ثاني درجة ، وبالتالي يقبل أو لا يقبل الطعن بالاستئناف (٤) •

٣ ـ اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها قيميا بالدعوى ، وأحالت الدعوى الى المحكمة المختصة بها ، فان المحكمة المحالة اليها الدعوى اذ

---

(١) Tarzia (Giuseppe) : Il valore della causa e l'appellabilità della sentenza, riv. proc. 1967 p. 566.

(٢) تارزيا ـ مشار اليه ص ٥٨٠ .

(٣) فنسان : بند ٦٠١ ص ٧٧٦ . موريل : بند ٦١٥ ص ٨٤٠ . ديباش : رسالة بند ٢٠٥ ص ١٨٤ .

(٤) على أنه يلاحظ ان المحكمة الاستئنافية تنظر فقط لما اذا كانت القضية قد نظرت قبل ذلك مرة أو مرتين ، دون نظر لصحة أو بطلان هذه الاجراءات . انظر .

Tarzia (Giuseppe) : Determinazioue del grado del processo, riv. proc. 1968 pp. 501-509.

تلتزم بتحديد اختصاصها وفقا للمادة ١١٠ تلتزم بتقدير الدعوى كما حددته المحكمة المحيلة . وهذا التقدير يكون له قوة أيضا بالنسبة لقابلية الحكم الصادر فى الدعوى للاستئناف (١) .

٤ — لا يدخل فى تقدير قيمة الدعوى كل طلب لا ينازع فيه الخصم الآخر (مادة ٢٢٢) . فاذا تقدم المدعى بعدة طلبات تقوم على سبب قانونى واحد ، فجمعت قيمتها ، ثم أقر المدعى عليه بطلب منها فان قيمة هذا الطلب لا تدخل فى تقدير قيمة القضية بالنسبة لقابلية الحكم للاستئناف . على أنه يلاحظ أنه اذا اشتملت القضية على طلب واحد من المدعى فان اقرار المدعى عليه بجزء منه لا يؤثر فى تحديد القيمة بالنسبة للاستئناف .

٥ — اذا كان محل الدعوى مبلغا من النقود ، فقام المدعى عليه بعرض جزء منه عرضا فعليا على المدعى ، فان هذا الجزء لا يحسب فى تحديد قيمة القضية بالنسبة للاستئناف (مادة ٢٢٣) ، ولو لم يقبل المدعى هذا العرض .

٦ — اذا قام المدعى بتعديل طلباته ، فان العبرة بالنسبة للقابلية للاستئناف هو بالطلب بعد تعديله (٢) .

٧ — اذا تعددت طلبات المدعى أو جمع بينها للارتباط ، وجمعت قيمتها لتحديد المحكمة المختصة بسبب أنها تقوم على سبب قانونى واحد ، فالعبرة بالنسبة للقابلية للاستئناف هى أيضا بقيمة هذه الطلبات مجتمعة . أما اذا لم تجمع القيمة ، فان الارتباط الذى برر الخروج على قواعد الاختصاص وجعل الاختصاص للمحكمة المختصة بأكبر الطلبين قيمة يبرر أيضا النظر الى قيمة هذا الطلب وحده بالنسبة لقابلية أى من الطلبين للاستئناف (٣) .

(١) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٢٨ — ١٣٠ .
(٢) نقض عمال ٤ مارس ١٩٨٥ — فى الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٤٩ ق .
(٣) ونفس الامر بالنسبة للاختصاص النوعى ، اذا كانت العبرة بنوع الدعوى وليس بقيمتها . اذ يكون الاختصاص بالطلبين للمحكمة الابتدائية المختصة نوعيا بأحد الطلبين المرتبطين ، ويكون الحكم الصادر فى أى من الطلبين قابلا للطعن فيه بالاستئناف .

ولهذا فان الحكم الصادر فى أى من طلبات المدعى المرتبطة ينظر فى قابليتها للاستئناف الى قيمة أكبر الطلبات المرتبطة قيمة (١) • ويلاحظ أن هذه القاعدة لاتنطبق الا حيث يوجد ارتباط أما اذا جمعت طلبات بسبب وحدة المسألة القانونية المثارة ، فان هذا الجمع لا يبرر — كما قلنا — الخروج على قواعد الاختصاص • ويؤدى أيضا بالنسبة للقابلية للاستئناف الى النظـــر الى كل طلب عن حدة •

٨ — اذا قدم المدعى عليه طلبا عارضا ، فان الطعن فى الحكم الصادر فى أحد الطلبين الاصلى أو العارض ، تقدر قيمته بأكبر الطلبين قيمة • وهو ما يعنى أن تقديم طلب عارض قد يؤدى الى جعل الحكم الصادر فى الطلب الأصلى قابلا للاستئناف ، بعد أن كان — لو لم يقدم الطلب العارض — لا يقبله • وقد خشى المشرع أن يستغل المدعى عليه هذه القاعدة ، فيبادر فى كل دعوى بتقديم طلب عارض موضوعه تعويضه عن رفع الدعوى أو عن سلوك المدعى فيها تزيد قيمته عن النصاب النهائى ، فقرر أنه بالنسبة لهذا الطلب العارض تكون العبرة — مهما كانت قيمته — بقيمة الطلب الأصلى وحده (مادة ٢٢٤) •

٩ — الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع والتى لا تفصل فى طلب موضوعى أو فى جزء منه ، سواء كانت أحكاما قطعية أم غير قطعية ، وسواء كانت مما يجوز الطعن فيها على استقلال أم لا ، يراعى فى قابليتها للاستئناف — بالنظــر الى قاعدة النصاب — قيمة الدعوى التى صدرت هذه الأحكام قبل الفصل فى موضوعها (مادة ٢٢٦) • وعلة هذه القاعدة هى أن المسائل التى تثور قبل الفصل فى الموضوع تتحدد أهميتها بأهمية هذا الموضوع • فضلا عن أن هذه القاعدة تؤكد أن العبرة فى تحديد القابلية للاستئناف هى بالنظر الى الطلب وليس الى الحكم (٢) •

١٠ — الحكم الصادر فى طلب التدخل الاختصامى يقبل الاستئناف بالنظر الى قيمته بصرف النظــر عن قيمة الدعوى الأصلية ، أما طلب التدخل

(١) نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٣٠ — ٢٥٤ .

(٢) تارزيا — قيمة القضية — مشار اليها ص ٥٨٠ .

الانضمامى فينظــر فيه الى قيمة الدعوى الأصلية • وبالنسبة لاختصام الغير ينظــر فقط الى قيمة الطلب الموجه الى الغير ، وذلك مع ملاحظة أنه بالنسبة لدعوى الضمان الفرعية اذا كان الحكم الصادر فى الدعــوى الأصلية قد طعن فيه بالاستئناف ، فانه يمكن لطالب الضمان أن يطلب ادخال الضامن مرة أخرى أمام المحكمة الاستئنافية ولو كانت قيمة دعوى الضمان تدخل فى النصاب النهائى لمحكمة أول درجة (١) •

٣٦٢ — **قواعد خاصة** : ينص القانون — لاعتبارات مختلفة — على بعض الدعاوى التى يقبل الحكم الصادر فيها الاستئناف أو لا يقبله بصرف النظــر عن قيمتها • وهذه الحالات أو تلك ترد فى القانون على سبيل الحصر (٢) باعتبارها استثناء من قاعدة عامة •

اولا : الاحكام التى يجوز استئنافها بصرف النظر عن قيمة الدعوى : من أهمها (٣) •

(أ) الأحكام الصادرة فى الدعاوى المستعجلة : وذلك سواء كانت الدعوى قد رفعت كدعوى أصلية أو بطريق التبعية لدعوى موضوعية ، وأيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم الوقتى (مادة ٢٢٠) • فهذا الحكم يقبل الاستئناف ، بصرف النظــر عن قيمة الدعوى الموضوعية التى تخدمها الدعوى الوقتية •

(ب) الأحكام الصادرة بصفة انتهائية والتى يشوبها بطلان سواء لعيب

---

(١) رمزى سيف : بند ٦٣١ ص ٨١٦ •

(٢) نقض مدنى ٤ يناير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٨ — ٤ • ولهذا يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا . (نقض مدنى ٢٨ يناير ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٤٢ — ٢٢ •) والعبرة فى تحديدها هو بما تقضى فيه المحكمة المطعون فى حكمها وليس بما يطلبه الخصوم (نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٧٤ — ٤٨) •

(٣) يلاحظ انه وفقا لمجموعة ١٩٦٨ لم يعد من ضمن هذه الاحكام تلك الصادرة فى مسائل الاختصاص والاحالة (مادة ٤٠١ / ٢ ملغى) • فهذه وفقا للمجموعة الجديدة ، أصبحت تخضع للقاعدة العامة . وتقدر قيمتها بالنظر الى قيمة الدعوى باعتبارها احكاما صادرة قبل الفصل فى الموضوع •

ذاتى فيها أو لعيب فى الاجراءات أدى الى بطلانها (مادة ٢٢١) (١) • والفرض أن الحكم الباطل قد صدر من محكمة أول درجة ، فحكم ثانى درجة ولو كان باطلا لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف (٢) • ولا يشترط فى البطلان أن يكون على درجة معينة من الجسامة أو أن يكون غير قابل للتصحيح • على أنه يجب أن يكون الحكم قد صدر بصفة انتهائية أى صدر غير قابل للطعن فيه بالاستئناف ، سواء لأنه صدر فى حدود النصاب النهائى أو لأن القانون منع الطعن فيه بالاستئناف ولو ورد هذا المنع فى تشريع خاص • فاذا كان الحكم قد صدر قابلا للطعن فيه بالاستئناف ، وقبل المحكوم عليه الحكم ، فليس له الطعن وفقا لهذا النص ولو كان الحكم باطلا •

(ج) الحكم الصادر بصفة انتهائية على خلاف حكم سابق لم يحز بعد قوة الأمر المقضى (مادة ٢٢٢) • ويجب لهذا :

---

(١) ولا ينطبق هذا النص على الحكم المعيب لمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه ، أو الحكم المعيب لمخالفة قواعد الاختصاص . (نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٤٦ ق) .

(٢) استئناف القاهرة فى ٢٨ يناير ١٩٧١ فى الاستئناف رقم ١١٢٥ لسنة ٨٦ ق . وفى الاستئناف رقم ٢٤٥٠ لسنة ٨٧ ق .

(٣) رمزى سيف : بند ٦٣٣ ص ٨٢٠ وما بعدها . وجدى راغب : الموجز ص ٤٩٨ . كمال عبد العزيز ص ٤٣٨ . عكس هذا قضاء مستقر لمحكمة النقض . فقد استقرت على عدم تطبيق المادة ٢٢١ على الاحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون ايجار الاماكن والتى جعلها المشرع وفقا للمادة ١٥ من ق ١٢١ لسنة ١٩٤٧ الملغى نهائية غير قابلة للطعن بالاستئناف وذلك على أساس ان هذا القانون « تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر استثناء من احكام قانون المرافعات ولا سبيل الى الغاء احكامه الا بتشريع ينص على هذا الالغاء » نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٦٣ — ١٧٢ و ٨ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٨٥ — ٣٣ . كما استقرت محكمة النقض على عدم تطبيق المادة ٢٢١ على الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من المحاكم الابتدائية وفقا للمادة ١٤ من ق . ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة ، لنفس العلة . (نقض مدنى ١٦/ ١٠/ ١٩٧٨ فى الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٤٥ ق . و ١٣ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٢٣ — ٣٩) . وهذا الاتجاه محل نظر خاصة اذا لوحظ ان النص الجديد هو على « الاحكام الصادرة بصفة انتهائية » ، وليس كما كانت المجموعة السابقة (مادة ٣٩٦) على « الاحكام الصادرة فى حدود نصابها النهائى » .

١ — أن يكون الحكمان قد صدرا فى نفس الدعوى ، أى أن يتحد الأشخاص والمحل والسبب • ويعتبر التحقق من هذا الاتحـاد مسـألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (١) •

٢ — أن يكون الحكم الأول غير حائز لقوة الأمر المقضى عند صدور الحكم الثانى (٢) •

٣ — أن يكون الحكم الثانى قد قضى بما يخالف الحكم الأول ، وأن يكون قد صدر فى حدود النصاب الانتهائى لمحكمة أول درجة أو صدر من هذه المحكمة غير قابل للطعن بالاستئناف • فاذا صدر قابلا للاستئناف وقبل المحكوم عليه الحكم أو فوت ميعاد الاستئناف لم يجز له الطعن • ويرد الاستئناف على الحكم الثانى ، على أن رفع الاستئناف يؤدى الى طرح الحكم الأول أيضا على المحكمة الاستئنافية ما لم يكن هذا الحكم قد أصبح — عند رفع الاستئناف — حائزا لقوة الأمر المقضى (٣) •

ثانيا : الاحكام التى لايجوز استئنافها بصرف النظر عن قيمة الدعوى :
وهذه ينص عليها القانون بسبب رغبته فى سرعة الفصل فى النزاع بصفة انتهائية • ومثالها ما تنص عليه المادة ٤٦ مرافعات من أن الحكم الصادر من المحكمة الجزئية باحالة كل من الطلب الأصلى والطلب العارض الى المحكمة الابتدائية لا يقبل الطعن (٤) •

---

(١) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٢٩٥ — ٤٨ .

(٢) فاذا كان حائزا لقوة الأمر المقضى ، فيطعن فى الحكم الثـانى بالنقض (مادة ٢٤٩) •

(٣) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٧٩٥ — ١١٥ .

(٤) وكان منها ايضا الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون ايجار الاماكن اذ هذه كانت وفقا للمادة ١٥ من ق . ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لا تقبل الطعن بأى طريق .
ويلاحظ أنه اذا نص القانون على منع الطعن بطريق معين ، اقتصر المنع عليه دون غيره من طرق الطعن . (نقض مدنى ١٥ أكتوبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٤٠ — ١٩١ . و ٩ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٣٦٩ — ٥٨)

٣٦٣ — النزول عن الحق فى الاستئناف : يجوز ولو قبل بدء الخصومة أمام محكمة أول درجة النزول عن الحق فى الاستئناف (١) ، رغم أن هذا الحق لا ينشأ الا بعد صدور الحكم . ونتيجة لهذا ، فانه يمكن الاتفاق مقدما ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم أول درجة انتهائيا غير قابل للاستئناف (٢١٩/٢) . وعلى العكس فان الحكم الذى لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف لا يصبح قابلا له ولو اتفق الأطراف على ذلك . ويكون استئناف هذا الحكم غير مقبول ، ولو تم هذا الاتفاق بعد صدور الحكم . وهو عدم قبول يتعلق بالنظام العام ، فيمكن التمسك به فى أية حالة كانت عليها القضية ، وعلى القاضى الحكم به من تلقاء نفسه ، ويمكن اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

٣٦٤ — ميعاد الاستئناف : يجب أن يرفع الاستئناف خلال ميعاد معين هو فى القانون المصرى أربعون يوما بالنسبة للاحكام الصادرة فى الدعاوى الموضوعية ، وخمسة عشر يوما بالنسبة للأحكام الصادرة فى الدعاوى المستعجلة . ويكون الميعاد ستون يوما بالنسبة للاستئناف المرفوع من النائب العام أو من يقوم مقامه (مادة ٢٢٧) . ويستوى أن يكون الحكم صادرا من محكمة كلية أو من محكمة جزئية . وذلك كله ما لم ينص القانون على غير ذلك .

ويبدأ ميعاد الاستئناف ، كغيره من مواعيد الطعن ، من صدور الحكم . كما يبدأ من اعلان الحكم فى الحالات التى ينص فيها القانون على بداية الميعاد من الاعلان ، وفقا لما سبق بيانه (٢) . ومن ناحية أخرى ، فانه وفقا للمادة ٢٢٨ اذا كان مبنى الطعن بالاستئناف هو غش الخصم أو قيام الحكم المطعون فيه على ورقة مزورة أو شهادة زور أو بسبب عدم اظهار ورقة قاطعة فى الدعوى احتجزها الخصم ، فان ميعاد الاستئناف يبدأ من « اليوم

---

(١) ليبمان : رسالة ص ٧٩ . ويشترط لذلك ان تتوافر فى المتنازل سواء بارادته المنفردة او فى اتفاق ، أهلية التصرف فى الحق محل النزاع ، ذلك أن النزول عن الاستئناف قد يؤدى الى النزول عن الحق (ديباش : بند ٢٠٧ ص ١٨٧) .

(٢) ما سبق بند ٣٥٤ . ويبدا ميعاد الطعن فى الحكم غير المنهى للخصومة الذى لا يقبل الطعن الفورى من صدور الحكم المنهى للخصومة . ما سبق بند ٣٤٩) .

الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحتجزة » (١). وسنشرح هذه الوقائع بالتفصيل عند دراسة التماس اعادة النظر .

ويراعى بالنسبة لبداية ميعاد الاستئناف ووقفه وحسابه وجزاءانقضائه ما سبق بيانه فى القواعد العامة .

٣٦٥ ـ رفع الاستئناف والمحكمة المختصة به : يعتبر رفع الاستئناف رفعا لطعن فى الحكم ينطبق عليه ما تقدم من القواعد العامة للطعن فى الأحكام . ولهذا فانه لا يقبل الا ممن له الحق فى الطعن أو ممن يكون نائبا عنه قانونا أو اتفاقا (٢) .

واذا تعدد المحكوم عليهم كان لهم أن يرفعوا استئنافا واحدا عـن الحكم ، كما أن لكل منهم أن يرفع استئنافا مستقلا . فاذا رفع استئنافان عن الحكم الواحد ، فان المحكمة تقرر ضمهما لنظرهما والحكم فيهما معا . على أن هذا الضم لا ينفى أن كلا منهما قد رفع على استقلال . ولهذا فان العيب الاجرائى الذى يشوب أحدهما لا يؤثر فى صحة رفع الاستئناف الآخـر . (٣)

ويقدم الاستئناف بنفس الشكل الذى تقدم به المطالبة القضائية أمام محكمة أول درجة (مادة ٢٣٠) أى بايداع صحيفة قلم كتاب المحكمة المرفوع اليها الاستئناف . وبهذا الايداع يتم رفع الاستئناف ، ثم بعد ذلك تعلن هذه الصحيفة الى المستأنف عليه .

---

(١) وقد حكم بأن استئناف الحكم على اساس غش الخصم يطرح حتما على المحكمة الاستئنافية الغش المدعى به بمـا يوجب عليهـا التحقق من وقوعه وأثره على الحكم ووقت ظهوره توصلا لتحديد بدء سريان ميعاد الاستئناف . اما اذا بنى الاستئناف على اساس التزوير فان الفصل فى شكل الاستئناف لا يتسع ـ عند عـدم الاقرار بالتزوير من مرتكبـه ـ لاثبات تزوير الورقة التى قام عليها الحكم المستانف اذ لا ينتج فى اثباته سوى سبق صدور حكم بالتزوير فى دعوى اخرى وهو امر متعلق بالنظام العام . (نقض ٦ يونيو ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٥٢ ق .) .

(٢) نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٧٨ ـ فى الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٤٤ ق .

(٣) نقض مدنى ٩ ابريل ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٦٤٩ ـ ١٠٥ .

(أ) صحيفة الاستئناف : يجب أن تشتمل فضلا عن البيانات التى يجب أن تشتمل عليها صحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة ، على :

١ — بيان الحكم المستأنف : وبيان الحكم يقتضى بيان تاريخه والمحكمة التى أصدرته ورقم القضية التى صدر فيها (١) .

٢ — أسباب الاستئناف : أى الأسباب من الواقع أو من القانون التى يرى المستأنف أنها تؤدى الى عدم عدالة الحكم أو عدم صحته . على أن هذا البيان ليس له نفس أهمية بيان الأسباب بالنسبة لطرق الطعن غير العادية . فهو يرمى فقط الى ضمان جدية الطعن . وقد ترك المشرع للمستأنف تقدير ما يرى بيانه فى صحيفة الاستئناف من الأسباب التى يستند اليها فى طلب الغاء الحكم المستأنف أو تعديله (٢) . ولهذا من المقرر أن الأسباب تعتبر مبينة ، ولو كانت بصيغة عامة ، بشرط ألا تؤدى هذه العمومية الى الشك فى جدية الاستئناف (٣) .

---

(١) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض — ٢٥ — ٨٤٠ — ١٣٧ .

(٢) على ان الخطأ فى هذا الرقم لا يبطل صحيفة الاستئناف اذا كانت البيانات الأخرى التى وردت فيها لا تترك مجالا للشك فى تحديد الحكم المستأنف (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٠ ق) .

(٣) كوستا : بند ٣٤٥ ص ٣٩٩ . وقد ذهب القضاء فى مصر الى ان المشرع بالزامه المستأنف بيان أسباب استئنافه ليس له من غاية سوى منع المفاجآت واعطاء الفرصة للمستأنفعليه ليعد دفاعه ، ولهذا فمهما كانت ناقصة فلا بطلان ما دامت تحقق الغاية التى ارادها القانون (استئناف مختلط ٢٣ مارس ١٨٩٣ — بيلتان ٥ ص ١٤٤ . و ١٢ ابريل ١٨٩٣ — بيلتان ٥ ص ٢٤٣) ومن ناحية أخرى ، فان المستأنف غير ملزم بذكر جميع الاسباب وذلك حتى يستطيع أن يضيف اليها من الاسباب أثناء المرافعة او أن يعدل عنها الى غيرها . (نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٩ — ١٦)ولايعيب الصحيفة اشتمالها على اوجه الدفاع التى سبق للمستأنف التمسك بها امام محكمة اول درجة والتى لم يأخذ بها الحكم المستأنف (نقض مدنى ٩ مايو ١٩٧٤ — مشار اليه) . على انه اذا خلت صحيفة الاستئناف من بيان الاسباب فانها تعتبر باطلة (استئناف مصر ٣٠ يناير ١٩١٠ — المجموعة الرسمية ١١ — ٢٢٠ — ٨٢ . الاسكندرية الكلية ٣١ مايو ١٩٣٧ — المحاماة ١٨ — ٧٥٠ — ٣٦٧) .

٣ ـ طلبات المستأنف : والواقع أن مجرد تقديم صحيفة الاستئناف يعنى ضمنا طلب الغاء الحكم المستأنف [١] • ولهذا فان قيمة هذا البيان هو تحديد الجزء من الحكم الذى يستأنفه الطاعن • فاذا اشتمل الحكم المطعون فيه على أكثر من جزء لغير صالح المستأنف ، وأشار المستأنف الى بعضها فقط ، فانه يكون قابلا للأجزاء الأخرى • فاذا لم يشر الى الجزء الذى يستأنفه فانه يعتبر طاعنا بالاستئناف بالنسبة لجميع أجزائه [٢] •

وتنص المادة ٢٠٣ صراحة على أن تخلف أى بيان من هذه البيانات الثلاثة يؤدى الى بطلان الاستئناف •

٤ ـ توقيع محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة التى يقدم اليها الاستئناف (مادة ٥٨/٢ من قانون المحاماه) • والغاية من هذا التوقيع هو ضمان صياغة الصحيفة على نحو ييسر أداء قضاء الاستئناف لوظيفته ، ويضمن جدية الأسباب التى يبنى عليها [٣] • فاذا لم يحترم هذا الشكل ، كان الاستئناف باطلا [٤] •

وكما هو الحال بالنسبة لرفع الدعوى ، على المستأنف دفع الرسم كاملا عند ايداعه الصحيفة قلم كتاب المحكمة • ويقوم قلم الكتاب بقيد الاستئناف فى السجل الخاص بذلك فى نفس يوم ايداع صحيفته ، ويثبت فى أصل الصحيفة وصورها بحضور المستأنف أو من يمثله تاريخ الجلسة

---

(١) كما أن طلب الغاء الحكم المستأنف يعنى ضمنا طلب القضاء بما رفضه الحكم من طلبات المستأنف . (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ١٢٧٣ ـ ٢١٥) .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢٩٩ ص ٥٥٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٥٦ مجموعة النقض ٧ ص ٩٤ . ويكفى لتحقيق هذا الغرض توقيع المحامى على الاصل او على الصورة . (نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٧٩ ـ فى الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ٤٨ ق) .

(٤) نقض مدنى ٢٠ نوفمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٢٧٢ ـ ٤٩ . واستئناف مصر ٢٩ اكتوبر ١٩٤٦ ـ المجموعة الرسمية ٤٨ ـ ١٢٥ ـ ٦١ .

المحددة لنظر الاستئناف (١) ، وفضلا عن أداء الرسم يوجب القانون اذا كان سبب الاستئناف هو وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فيه وكان الحكم صادرا بصفة انتهائية لا يقبل أصلا الاستئناف ، أن يودع المستأنف خزانة المحكمة الاستئنافية عند تقديم الاستئناف مبلغ خمسة جنيهات على سبيل الكفالة . ولا يقبل قلم الكتاب الصحيفة اذا لم تصحب بما يثبت هذا الايداع . والغرض من ايداع هذا المبلغ هو ضمان جدية الاستئناف ووضع حد لرفع استئنافات عن أحكام نهائية بزعم أنها باطلة (٢) . على أنه اذا تعدد المستأنفون فى قضية واحدة وقدموا صحيفة استئنافية واخدة فانهم يدفعون جميعا مبلغا واحدا ، ولو اختلفت أسباب طعونهم . فاذا حكم بعد ذلك بعدم جواز الاستئناف ــ وفقا للمادة ٢٢١ ــ لانتفاء البطلان ، أصبح المبلغ من حق الخزانة العامة دون حاجة الى حكم بذلك .

واذا لم يرفع الاستئناف صحيحا فى الميعاد ، كان غير مقبول . وتقضى المحكمة بعدم قبول الاستئناف ولو من تلقاء نفسها . فاذا دفع بعدم القبول ورفضت المحكمة هذا الدفع وقضت بقبول الاستئناف ، فان قضاءها هذا يعتبر قضاء قطعيا تستنفد به المحكمة سلطتها فى هذا الشأن ، فلا يجوز اثارة مسألة قبول الاستئناف مرة أخرى أمامها لأى سبب يتعلق بصحيفة الاستئناف أو بايداعها فى الميعاد ، ولو تعلق هذا السبب بالنظام العام (٣) ومن ناحية أخرى ، فان قضاءها بقبول الاستئناف يعتبر قضاء ضمنياً بجواز الاستئناف يحول دون العودة الى اثارة النزاع أمامها فى شأن جواز الاستئناف من عدمه . ولهذا ليس للمستأنف عليه بعد الحكم بقبول

---

(١) ما سبق بالنسبة لصحيفة الدعوى بند ٢٦٣ .

(٢) فاذا لم تودع الكفالة عند ايداع الصحيفة أو على الاكثر فى ميعاد الاستئناف ، قضت المحكمة بعدم قبول الاستئناف . (نقض مدنى ١١مارس ١٩٧٦ ــ مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ ــ عدد ١ ــ ص ١٦٦) .

(٣) محمد كمال عبد العزيز : ص ٤٥٩ .

الاستئناف أن يدفع بعدم جواز الاستئناف لقلة النصاب أو لأن المستأنف لم يكن خصما حقيقا فى الدعوى ولم يحكم عليه بشىء (١) .

ويتم ايداع صحيفة الاستئناف لدى قلم كتاب المحكمة الاستئنافية المختصة ، وهى المحكمة التى تتبعها محكمة أول درجة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (٢) . ويعتبر عدم اختصاص المحاكم الاستئنافية الأخرى متعلقا بالنظام العام ، تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها (٣) . على أنه يجب على المحكمة بعد الحكم بعدم الاختصاص أن تحيل الاستئناف الى المحكمة الاستئنافية المختصة تطبيقا للمادة ١١٠ . ولكن اذا أودعت صحيفة الاستئناف لدى محكمة استئنافية غير مختصة ، فهل يترتب على هذا الايداع عدم انقضاء الحق فى الاستئناف ، كما هو الحال بالنسبة لصحيفة الدعوى التى تقطع التقادم رغم رفعها أمام محكمة غير مختصة ؟ ذهب البعض الى أن النص الخاص بالمطالبة القضائية أمام أول درجة هو نص استثنائى لايجوز القياس عليه (٤) ، ولكن البعض الآخر يرى على العكس وجوب تطبيق هذا النص أيضا على الاستئناف (٥) .

(ب) وبعد ايداع الصحيفة ، يجب اعلانها الى المستأنف ضده مع تكليفه بالحضور . وذلك وفقا لنفس القواعد وبمراعاة نفس المواعيد التى يخضع لها اعلان صحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة (٦) . ولهذا

---

(١) نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٨٧ — ٥٠ .

(٢) كوستا : بند ٣٤٣ ص ٣٩٧ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٩ ص ٥٥٨ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٩ ص ٦٥٩ . زانزوكى : جزء ثان بند ٦ ص ٢٣٦ .

(٥) من هذا الرأى : كوستا : بند ٣٤٥ ص ٣٩٩ . ساتا : بند ٢٥٣ ص ٣٤٠ .

(٦) نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٤٥ ق . ويلاحظ ان اعلان الاستئناف يلى رفعه ، ولهذا فانه اذا أودعت صحيفة الاستئناف فى ميعاد الاستئناف ، فان عدم اعلانها فى هذا الميعاد أو عدم صحة اعلانها لا يترتب عليه سقوط الحق فى الاستئناف (نقض ضرائب ٢٢ فبراير ١٩٨٢ فى الطعن رقم ٥٨٩ لسنة ٤٤ ق .) .

فانه اذا لم يكلف المستأنف ضده بالحضور خلال ثلاثة أشهر من ايداع الصحيفة ، جاز الحكم باعتبار الاستئناف كأن لم يكن (١)،(٢)،(٣) .

٣٦٦ - نطاق القضية فى الاستئناف : تعتبر قضية الاستئناف - وان تناولت نفس الطلبات التى طرحت أمام محكمة أول درجة - مرحلة جديدة، يستطيع الأطراف فيها - فى حدود الطلبات التى قدموها أمام أول درجة وما يطرحوه منها أمام المحكمة الاستئنافية - التمسك بأوجه دفاع وأدلة اثبات جديدة . وبهذا تكون خصومة الاستئناف استمرارا لخصومة أول درجة . فتكون للمحكمة السلطة الكاملة التى كانت لمحكمة أول درجة ، ويكون للخصوم نفس السلطات التى كانت لهم فى أول درجة ، الا ما سقط منها . وبهذا يمكن بسبب مادة التحقيق التى تعرض على المحكمة الاستئنافية لأول مرة - أن يختلف حكم ثانى درجة عن حكم أول درجة دون أن يعنى هذا أن هذا الأخير قد أخطأ على أى نحو . فالمحكمة الاستئنافية تنظر القضية من جديد exnovo على أساس ما عرض على محكمة أول درجة وما لم يعرض عليها (٤) .

واذا حللنا هذه الفكرة ، فاننا يمكن أن نرى فيها عنصرين :

١ - أن المحكمة الاستئنافية تنظر نفس القضية .

٢ - أن المحكمة الاستئنافية ، وان نظرت نفس القضية ، فهى

---

(١) ما سبق بند ٢٦٦ . كما تراعى القواعد المتعلقة باعلان الطعن (ما سبق بند ٣٤٧) .

(٢) ولا يجوز تطبيق المادة ٢/٢١٨ (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣ - ٥٤٢ - ٨٥) وأنظر ما سبق بند ٣٥٩ وهامش ٤ ص ٧٠٨ .

(٣) ولا يتعلق الجزاء بالنظام العام . فالحق فى طلبه يزول بنزول الخصم عنه صراحة أو ضمنا . (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٧٨ - مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ - عدد ٢ - ص ٢٠٣) .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٦ ص ٥٥٠ .

تنظرها من جديد (١) . وهذان العنصران هما اللذان يحددان نطاق القضية فى الاستئناف . وذلك على التفصيل الآتى :

٣٦٧ ــ اولا : المحكمة الاستئنافية تنظر نفس قضية الدرجة الاولى : لا تنظر المحكمة الاستئنافية قضية جديدة تتعلق بصحة حكم أول درجة أو بعدالته ، وانما هى تنظر نفس القضية التى صدر فيها حكم أول درجة (٢) . ونتيجة لهذا :

١ ــ تبقى للسقوط الذى تحقق فى أول درجة نفس الفاعلية أمام الاستئناف . ولهذا اذا سقط ــ فى أول درجة ــ الدفع بعدم الاختصاص المحلى لسبق الدفاع الموضوعى ، فلا يجوز التمسك بهذا الدفع أمام الاستئناف . واذا لم ينكر خصم ورقة عرفية أمام أول درجة قبل أن يناقش موضوعها ، فسقط حقه فى الانكار ، فليس له أن ينكر الورقة فى الاستئناف ولو فعل هذا قبل الكلام فى الموضوع أمام المحكمة الاستئنافية (٣) .

٢ ــ أدلة الاثبات التى جمعت أمام محكمة أول درجة تكون مطروحة بنفس القوة أمام محكمة ثانى درجة (٤) . ولهذا فان الايمان التى حلفت فى أول درجة تبقى لها نفس الفاعلية ، والاقرارات القضائية أمام أول

---

(١) وتعتبر محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها « وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبيق القانونى فحسب ، وانما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف الى محكمة الدرجة الثانية واعادة طرحها عليه . » . (نقض مدنى ٢ مارس ١٩٨١ فى الطعن ٥٩٦ لسنة ٤٥ ق) .

(٢) كوستا : بند ٣٣٧ ص ٣٨٨ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٧ ص ٥٥١ . كوستا : بند ٣٣٩ ص ٣٩٠ وانظر تطبيقا آخر فى نقض مدنى ١٩٥٦/٥/٣١ ــ مجموعةالنقض ٧ ص ٦٢٢ وقد قضت بانه اذا وافق احد الشركاء امام محكمة أول درجة على اجراء القسمة بطريق التجنيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانى درجة فى هذا الطلب ويطلب اجراء القسمة بطريق القرعة . وفى نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ١١٤٢ ــ ٢٤٢ . وقضى بانه اذا نزل المتمسك بورقة عنها او عن جزء منها امام محكمة اول درجة ترتب على ذلك انهاء اجراءآت الادعاءبالتزوير بها وليس لمحكمة الاستئناف بعد هذا النزول أن تعود فتبحث صحة الادعاء بالتزوير أو عدم صحته .

(٤) كيوفندا : الاشارة السابقة . نقض مدنى ١٩٨٥/٦/٢٩ ــ مجموعة النقض ٩ ص ٥٩٧ .

درجة تعتبر أمام ثانى درجة اقرارات قضائية . وبصفة عامة ، تعتبر جميع الأدلة والأسانيد المقدمة أمام محكمة أول درجة مقدمة أيضا أمام محكمة ثانى درجة . على أن محكمة ثانى درجة لا تلتزم بالأخذ بنتيجة التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة (١) ، فلها أن تراجع أقوال الشهود فى التحقيق الذى أجرته هذه المحكمة وتستخلص منها ما تطمئن اليه ولو كان مخالفا لما استخلصته هذه المحكمـــة (٢) .

٣ ـ أدلة الاثبات التى استهلكت أمام أول درجة لا يجوز اعادتها أمام ثانى درجة . ونتيجة لهذا ، لا يقبل توجيه يمين الى خصم اذا كان قد سبق توجيهه اليه فى أول درجة ، أيا كان موقفه عندئذ .

٤ ـ الدفوع وأوجه الدفاع (٣) والتأكيدات التى قدمت أمام محكمة أول درجة ، تعتبر مطروحة على المحكمة الاستئنافية (مادة ٢٣٣) ولو لم يعاود المستأنف التمسك بها . وذلك ما لم تتضمن المذكرات أو المواقف فى الاستئناف ما يعتبر نزولا صريحا أو ضمنيا عنها (٤) . وتقدير هذا النزول مسألة واقع تستقل بتقديره المحكمة الاستئنافية (٥) . ونتيجة لهذا ، فان المستأنف عليه الذى كان مدعا عليه فى أول درجة يجد دفوعه ودفاعه مطروحة على المحكمة الاستئنافية تلتزم بالفصل فيها (٦) ، ولو تغيب أو حضر دون أن يبدى دفاعا . وينطبق هذا على الدفوع وأوجه الدفاع التى قدمت الى محكمة أول درجة ، سواء منها التى أغفلت هذه المحكمة الفصل فيها أو تلك

---

(١) نقض مدنى أول مايو ١٩٦٩ ــ مجموعة النقض ٢٠ ــ ٧٠٦ ــ ١١٣
(٢) نقض مدنى ٩ مايو ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ٩٢٤ ــ ١٣٧ .
(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٣٠ ــ فى الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٧ ق . و ٢٣ مارس ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ ٤٩٤ ــ ١٣٧ .
(٤) نقض مدنى ١٩٨٥/٣/٣١ فى الطعن رقم ١٩٨١ لسنة ٥١ ق . و ١٩٨٠/٢/١١ فى الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٦ ق . ٢ مارس ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٢٣٩ ــ ٣٩ .
(٥) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٩ ص ٥٦١ وقد حكم بان طلب المستانف عليه تايد الحكم المستانف لاسبابه لا يعد تنازلا عن باقى أوجه دفاعه التى لم يأخذ بها الحكم الابتدائى (نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ٨٨٣ ــ ١٣٩) .
(٦) نقض مدنى ٢ مارس ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٢٣٩ ــ ٣٩ .

التى فصلت فيها ، وسواء قبلتها تلك المحكمة أو لم تقبلها ، متى كان الحكم المستأنف قد قضى له بكل طلباته ، ولم يثبت تخليه عن هذه الأوجه (١) ؛ وذلك دون حاجة لرفع استئناف فرعى أو مقابل بها (٢) ويكون الأمر كذلك ولو تضمنتها مذكرة مقدمة أمام أول درجة بعد الميعاد المحدد لتقديم المذكرات ما دامت محكمة أول درجة قد قبلت هذه المذكرة اذ بهذا تصبح قائمة أمامها ، وبالتالى مطروحة أمام المحكمة الاستئنافية(٣).

٣٦٨ — تابع — ٥ — عدم جواز تقديم طلبات جديدة فى الاستئناف : وهذه قاعدة تقليدية تحرص التشريعات المختلفة على النص عليها صراحة (مادة ٢٣٥) . وأساسها أن القضية فى الاستئناف يجب أن تكون هى نفسها القضية فى أول درجة . فالطلب الجديد فى الاستئناف تنقصه سبق خصومة أول درجة بالنسبة له . ويعتبر قبوله مخالفة لمبدأ التقاضى على درجتين ، وانحرافا بالاستئناف عن طبيعته باعتباره يرد على نفس القضية التى نظرت فى أول درجة (٤) . وهذه القاعدة تتعلق بالنظام العام (٥) . فلا يجوز الخروج عليها ولو باتفاق الخصوم . فاذا قدم طلب جديد لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، كان هذا الطلب غير مقبول من الناحية الاجرائية اذكان يجب أن يمر قبل ذلك على محكمة أول درجة.وعلى المحكمة أن تقضى ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول هذا الطلب (مادة ٢٣٥) (٦) .

---

(١) نقض عمال ٢٤ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٤٦ ق .

(٢) نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٢٥٦ — ٣٩ . و ١٩٧٩/٣/٢١ — فى الطعن رقم ٣٠٤ لسنة ٤٣ ق . « استئناف الحكم الصادر برفض الدعوى يطرح على محكمة الدرجة الثانية النزاع بما صدر فيه من أحكام وما انطوى عليه من دفاع ودفوع » .

(٣) نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق . ولا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تستبعد تلك المذكرة ولا تعرض لما تضمنته تأسيسا على أنها قدمت بعد الميعاد المحدد للطاعن لتقديم مذكرته . (نقض مدنى أول ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٧١٣ — ١٤٠) .

(٤) كوستا : بند ٣٣٩ ص ٣٩٠ . زانزوكى : جزء ثان بند ٩ ص٢٨٨ . فنسان : بند ٦٢٤ ص ٨٠٨ . موريل : بند ٦٣٥ ص ٤٩٠ . ديباش : بند ٩٧ ص ٨٣ .

(٥) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٧ ص ٥٥٢ . نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٢٨٠ — ٤٨ .

(٦) نقض مدنى ١٩٨٠/٤/٢٨ فى الطعنين رقمى ١٢٢٧ و ١٢٣٥ لسنة ٤٧ ق . و ٤ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٧٩٦ — ١٣١ . (ولايعيب =

ولكن ما المقصود بالطلب الجديد فى الاستئناف ؟ الطلب الجديد هو الطلب الذى يختلف فى أحد عناصره (الأشخاص أو المحل أو السبب) عن الطلب الذى كان أمام محكمة أول درجة قبل اصدارها الحكم فى القضية . وقد سبق بيان هذه العناصر (١)(٢) . وذلك مع ملاحظة أن المقصود هو الطلب اللازم لمباشرة محكمة الاستئناف لنشاطها ، فاذا تعلق الامر بنشاط يجب على محكمة الاستئناف القيام به من تلقاء نفسها فان تقديم الخصم طلبا فى الاستئناف لتحريكه لا تنطبق عليه قاعدة عدم جواز تقديم طلبات جديدة فى الاستئناف(٣) . كما يلاحظ أنه لا يعتبر طلبا جديدا(٤) الطلب الذى

حكم الاستئناف اغفال الرد عليه) . ونقض مدنى ١٤ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩١٩ — ١٦٠ . ويلاحظ أن الامر يتعلق أيضا بعدم اختصاص، اذ المحكمة الاستئنافية — باعتبارها محكمة ثانى درجة — غير مختصة بالطلب الجديد وانما يكون الاختصاص به لمحكمة أول درجة (زانزوكى : جزء ثان — بند ٢١ ص ٢٣٩ — ٢٤٠) . ويلاحظ أن مجرد تضمين صحيفة الاستئناف طلبا جديدا لا يؤدى الى حكم بعدم قبول الاستئناف اذا كان هناك شق آخر مما طلب لا يعتبر طلبا جديدا (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٦٢٢ — ٩٤) .

(١) ما سبق بند ٣٩ وما بعدها .

(٢) ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن : ان طلب الوارث فى الاستئناف الحكم له شخصيا بالمبلغ المطالب به يعتبر طلبا جديدا اذا كان قد اقام الدعوى أمام أول درجة باعتباره ممثلا للتركة (نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٨ — فى الطعن ٢٢٦ لسنة ٤٤ ق) . وانه اذا كان الطلب أمام أول درجة هو المطالبة بالاجر عن مدة ايقاف العامل فان طلب الاجر عن المدة السابقة على الوقف يعتبر طلبا جديدا (نقض مدنى ٢٤ مايو ١٩٧٤ — مشار اليه) . وأن طلب رد معجل الثمن أمام المحكمة الاستئنافية يعتبر طلبا جديدا اذا كان المطلوب أمام أول درجة هو مجرد طلب فسخ عقد البيع (نقض مدنى ٧ يونيو ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٩٤٧ — ١٣٤) .

(٣) زانزوكى : جزء ثان بند ١٤ ص ٢٣٣ .

(٤) ولهذا اذا رفض حكم أول درجة رد حيازة الشقة للمدعين فان طلب احدهم فى الاستئناف رد العين له وحده لا يعد طلبا جديدا . (نقض ١٩٧٨/٤/٢٠ فى الطعن ٢٣٥ لسنة ٤٦ ق) . واذا رفعت الدعوى بطلب رد أسهم أو قيمتها ، فانه يمكن لاول مرة أمام المحكمة الاستئنافية طلب التعويض عن هبوط قيمة الاسهم فهو لا يعتبر طلبا جديدا « لاندراجه فى عموم الطلبات التى كانت مطلوبة أمام محكمة الدرجة الاولى » (نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٤١٣ — ٦٤) وأن طلب رد ما دفع تنفيذا للحكم الابتدائى لا يعتبر طلبا جديدا أمام الاستئناف لانه يندرج فى طلب رفض الدعوى ويعتبر نتيجة لازمة للقضاء بالغاء الحكم المستأنف . (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٩٩ —

يقصد به بيان الطلب الاصلى أو يعتبر متداخلا أو مندرجا فيه أو نتيجة لازمة له •

٣٦٩ — استثناءات : ١ — تغيير السبب لأول مرة فى الاستئناف : لأن الطلب أيا كان سببه يرمى الى تحقيق حماية قضائية معينة لمركز قانونى معين ، فان مبدأ الاقتصاد فى الاجراءات يوصى بأنه ما دام الطلب فى الاستئناف ، أيا كان سببه يرمى الى حماية نفس المركز القانونى الذى عرضت حمايته على أول درجة فيجب أن ينظر من المحكمة الاستئنافية حتى لا يضطر المستأنف الى بدء خصومة جديدة أمام محكمة أول درجة • وتحقيقا لهذا الهدف تنص المادة ٢٣٥/ على أنه « يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله تغيير سببه » • وعلى هذا ، فانه وفقا للقانون المصرى ، يجوز استثناء قبول الطلب الجديد فى الاستئناف اذا كان لا يختلف عن الطلب المقدم أمام أول درجة الا بالنسبة لعنصر السبب (١) وتطبيقا لنفس النص ، فانه يمكن مع بقاء سبب الطلب على حالة اضافة سبب جديد اليه لأول مرة فى الاستئناف (٢) •

=

— ٣١٧) . واذا رفعت الدعوى امام اول درجة بطلب — التنفيذ العينى ، فان طلب التنفيذ بطريق التعويض لاول مرة أمام الاستئناف لايعتبر طلبا جديدا . لذلك اذا طلب التعويض أمام اول درجة وطلب التنفيذ العينى أمام الاستئناف . (نقض احوال شخصية ١٩٨٢/٦/١٥ — فى الطعن رقم ٤٥ لسنة ٥١ ق) وأنظر كذلك . نقض ايجارات ١٩٨٢/٣/٣١ فى الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤٨ ق .

(١) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٦ — ١٨ . وقد حكم بأنه يعتبر تغييرا للسبب جائزا لاول مرة فى الاستئناف اذا كان الطالب قدطلب أمام محكمة اول درجة اجرة اضافية تعادل ٧٠٪ من الاجرة التى حددتها لجنة تقدر القيمة الايجارية استنادا الى استغلال الطاعنة الشقق المؤجرة مفروشة ، وطلب من محكمة الاستئناف الحكم بذات الأجرة الاضافية استنادا الى الميزة التى خولها للطاعنة باستغلالها مستشفى . اذ فى هذه الحالة بقى موضوع الطلب الاصلى على حالة لم يتغير ، وان تغير السبب الذى يستند اليه الطالب فى المطالبة بالاجرة الاضافية (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٩ — فى الطعنين رقمى ١١ و ٣٢ لسنة ٤٦ ق) .

(٢) نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩١٩ — ١٤٣ . وقد حكم بأن اضافة طلب الاخلاء لتغيير الاستعمال لاول مرة فى الاستئناف الى طلب الاخلاء للتنازل عن الايجار بغير موافقة المالك الذى أبدى امام اول درجة يعتبر طلبا جديدا غير جائز وليس مجرد اضافة سبب جديد

=

٢ — طلب اضافة « الاجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبـات الختامية أمام محكمـة الدرجة الأولى » ٢/٢٣٥):وعلة هذا الاستثناء هوأن هذه الطلبات تعتبر تابعة للطلب الأصلى، وقد عرض الطلب الأصلى أمام أول درجة فلا يعتبر عرض هذه الطلبات لأول مرة أمام الاستئناف عرضا لقضية جديدة (١) • ومن ناحية أخرى ، فان هذه الطلبات لم يكن من الممكن تقديمها أمام أول درجة مع الطلب الأصلى ، فعدم جواز تقديمها أمام الاستئناف يؤدى الى وجوب الرجوع أمام أول درجة لتقديمها بعد صدور الحكم (٢) • وهو ما يخالف مبدأ الاقتصاد فى الاجراءات (٣) ، ويتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم ثانى درجة يجب أن يتضمن حماية قضائية شاملة للمنتصر (٤) • ويلاحظ أن الامر يقتصر على الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام أول درجة ، فلا يجوز لأول مرة فى الاستئناف طلب فوائد أو ملحقات أخرى مستحقة قبل ذلك(٥) •وقد استقر قضاء النقض محكمة المصرية على أنه يشترط

مما تجيزه المادة ٣/٢٣٥ (نقض ايجارات ١٩٨١/١٢/٢١ — فى الطعن رقم ٦٣ لسنة ٤٦ق .) . وهو حكم محل نظر اذ موضوع الطلب وهو الاخلاء لعين معينة لم يتغير .

وعلى العكس ، حكم بأنه اذا طلب المؤجر امام محكمة أول درجة الحكم باعتبار عقد الايجار منتهيا لانتهاء مدته وطرد المستأجر تبعا لذلك باعتباره أصبح غاصبا ، فان طلبه امام محكمة الاستئناف اعتبار عقد الايجار مفسوخا لاخلال المستأجر بالتزامه العقدى بسداد الاجرة وبالتالى طرد المستأجر من العين يعتبر طلبا جديدا يختلف عن الطلب الذى طرح امام أول درجة من حيث موضوعه وليس من حيث سببه فقط ، ولهذا لا يقبل لاول مرة امام محكمة الاستئناف نقض ايجارات ٢٢ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٩ ق) .

(١) فهو نفس المركز القانونى الذى عرض أمام أول درجة (ساتا : بند ٢٦٢ ص ٣٥٤) .

(٢) فنسان : بند ٦٢٦ ص ٨١٠ . موريل : بند ٦٣٦ ص ٤٩١ .

(٣) كوستا : بند ٣٣٩ ص ٣٩٠ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٧ ص ٥٥٢ .

(٥) كوستا : الاشارة السابقة . ولهذا لا يدخل فى مدلول الملحقات وفقا لهذه المادة طلب تثبيت ملكية ماكينة وتوابعها قائمة على الارض المطلوب الحكم بتثبيت ملكيتها . (نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١١ — ١٧) .

لطلب الفوائد المستحقة بعد تقديم الطلبات الختامية أمام أول درجة أن يكون قد طولب بمثلها أمام أول درجة • ولهذا فانه اذا لم يطلب المدعى فوائد الدين أمام محكمة أول درجة فانه لا يستطيع طلب الفوائد عن المدة بعد تقديم الطلبات الختامية أمام أول درجة ، لأول مرة فى الاستئناف (١)•

٣ ـ طلب « ما يزيد من التعويضات » بعد تقديم الطلب الأصلى ٢٣٥/٢): ويفترض هذا الطلب أن يكون الطلب الأصلى هو بالتعويض • فيطلب فى الاستئناف زيادة التعويض المطلوب وذلك بسبب تفاقم الضرر الذى حدث من نفس الواقعة المطلوب التعويض عنها أمام أول درجة • ولهذا لايجوز طلب زيادة التعويض لأول مرة أمام الاستئناف استنادا الى واقعة جديدة حدثت بعد حكم أول درجة (٢) • أو طلب زيادة التعويض أمام محكمة الاستئناف ، عن نفس الواقعة ، دون بيان ما يبرر هذه الزيادة باعتبارها نتيجة لتفاقم الضرر (٣) •

٤ ـ طلب الحكم بالتعويض عن رفع الاستئناف على سبيل الكيد (٢٣٥ فقرة أخيرة) : ومن البديهى أن هذا الطلب لم يكن من المتصور تقديمه أمام أول درجة قبل الحكم المطعون فيه • وقد أجاز القانون تقديم هذا الطلب رغم أنه ليس من الملحقات ، لأنه من المصلحة نظره من المحكمة الاستئنافية للارتباط الوثيق بينه وبين الاستئناف الكيدى الذى تنظره •

---

(١) نقض تجارى ٢٩ أبريل ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١١٦ لسنة ٥٠ ق . ونقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض ١٤ ـ ٤١٣ ـ ٦٤ ، و ١٠ مايو ١٩٦٦ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٠٤٠ ـ ١٤١ . و ٢ فبراير ١٩٧٢ ـ مجموعه النقض ٢٣ ـ ١١٢ ـ ٨١) . وهذا الاتجاه فى تقديرنا محل نظر فالنص لم يوجب سوى أن تكون الفوائد قد استحقت بعد تقديم الطلبات الختامية أمام أول درجة وهو تعبير يختلف عن العبارة التى استعملها المشرع بالنسبة للتعويضات « وما يزيد من التعويضات » . فضلا عن ان الفوائد على خلاف الاجور والمرتبات تعتبر من الملحقات لطلب أصلى هو طلب الدين الذى طرح أمام أول درجة ، وليست جزءا من هذا الطلب . (أنظر : زانزوكى ـ جزء ثان بند ٨١ ص ٢٣٦) .

(٢) ديباش : بند ١٠٤ ص ٩٠ .

(٣) نقض مدنى ٢٨ أبريل ١٩٨٠ ـ فى الطعنين رقمى ١٢٢٧ و ١٢٣٥ لسنة ٤٧ ق .

ويقتصر الاستثناء على التعويض عن رفع الاستئناف ، فلا يجوز أن يطلب أمام المحكمة الاستئنافية التعويض عن الضرر الذى حدث من تنفيذ الحكم معجلا رغم استئنافه (١) ، أو التعويض عن توقيع حجز كيدى (٢) .

٣٧٠ — تابع — ٦ — عدم جواز تدخل الغير فى الاستئناف : تتحدد الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية بالاشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى وبنفس الصفة التى اختصموا بها أمامها (٣) . والقول بغير هذا يعنى اضاعة درجة من درجتى التقاضى على من يمثل لأول مرة فى الاستئناف . ولهذا فالقاعدة أنه لا يجوز ادخال شخص لم يكن طرفا أمام محكمة أول درجة كخصم لأول مرة فى الاستئناف ، وذلك سواء بناء على طلب أحد الاطراف أو بأمر المحكمة (مادة ٢٣٦/١) . وانما يمكن فقط ادخال شخص فى الاستئناف لتقديم مستند تحت يده (مادة ٢٦ قانون اثبات) . ذلك أنه لا يعتبر بهذا الادخال طرفا فى الخصومة . أما بالنسبة للتدخل الاختيارى فمن المقرر عدم جواز التدخل الاختصامى(٤) اذ من شأنه حرمان طرفى الخصومة فى الاستئناف من احدى درجتى التقاضى بالنسبة لطلب المتدخل (٥) . وعلى العكس تجيز المادة ٢٣٦/٢ التدخل «ممن

---

(١) ساتا : بند ٣٦٢ ص ٣٥٤ .

(٢) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٧١٦ — ١١٦ .

(٣) نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٤٢٧ — ٢٤٢ .

(٤) واذا صدر الحكم بعدم قبول التدخل الاختصامى أمام أول درجة ، ولم يستأنفه طالب التدخل فليس له أن يتدخل فى الاستئناف المرفوع عن الدعوى الاصلية (نقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٥٠٣ — ٨١) . وعلى العكس ، فانه اذا استأنف الحكم القاضى بعدم قبول تدخله أمام أول درجة ، كان له ان يتدخل فى الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فى الموضوع (نقض مدنى ٢٢ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٤٣٤ — ١٩٩) .

(٥) نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١١٨٩ — ١٦٣ (والعبرة فى وصف تدخله هو بحقيقة التدخل وان لم يطلب المتدخل صراحة الحكم لنفسه بحق ذاتى مادام قد بنى تدخله على ادعاء هذا الحق) . ومن ناحية أخرى ، يجب أن يتعلق الامر بتدخل شخص من الغير ، وليس بخلف لنفس الخصم . ولهذا فانه اذا اندمجت شركة فى أخرى ، فانالشركة

يطلب الانضمام الى أحد الخصوم» وهى عبارة تنصرف الى التدخل الانضمامى البسيط دون التدخل الانضمامى المستقل • ويفترض التدخل الانضمامى فى الاستئناف أن يكون الاستئناف قد رفع صحيحا فى الميعاد ، فلا يقبل التدخل فى استئناف غير جائز أو مرفوع بعد الميعاد (١) •

وما تقدم يتعلق بالتدخل أو ادخال شخص لم يكن طرفا فى خصومة أول درجة • أما تدخل أو ادخال الطرف الذى لم يطعن بالاستئناف أو يوجه اليه الاستئناف فتحكمه قاعدة مغايرة تنص عليها المادة ٢١٨(٢) •

٣٧١ ـ ثانيا : المحكمة الاستئنافية تنظر القضية من جديد :

١ ـ يتحدد نطاق القضية فى الاستئناف ليس بكل ما عرض من طلبات على محكمة أول درجة ، وانما بمايعرض منها أمام المحكمة الاستئنافية (مادة ٢٣٢) Tantum devolutom quantum appellaturm وهذا مايسمى بالاثر الناقل للاستئناف effet devolutif • ولهذا فانه اذا طعن المستأنف بالنسبة لجزء فقط من الحكم فان الطلبات التى يتعلق بها هذا الجزء تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الاستئنافية (٣) • بل أن هذه الطلبات التى تعلق بها الجزء من الحكم المستأنف لاتعرض على المحكمة الاستئنافية الا فى النطاق الذى تقدم به • ولهذا اذ طالب المدعى بألف جنيه أمام محكمة أول درجة ، ورفض طلبه فاستأنف الحكم طالبا خمسمائة جنيه ، فان نطاق القضية فى الاستئناف يتحدد بما طلب منها • فليس للمحكمة الاستئنافية أن تحكم بأكثر من خمسمائة ، والا اعتبرت قاضية بأكثر من المطلوب Ultra petita كذلك اذا تضمن الحكم شقا مستعجلا وشقا موضوعيا ، وطعن المحكوم عليه بالنسبة للشق المستعجل فان الدعوى الموضوعية لا تطرح بهذا

الدامجة تخلف الشركة المندمجة ، فدخول الشركة الدامجة امام المحكمة الاستئنافية لا يكون تدخلا من خصم جديد (نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٩٠٥ ـ ١٤١) •

(١) نقض مدنى ٤ يونيو ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٠٩٣ ـ ١٦٣ •

(٢) أنظر بند ٣٥٩ •

(٣) موريل : بند ٦٣٤ ص ٤٩٠ •

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٩ ص ٥٦٠ • •

الاستئناف على المحكمة الاستئنافية (١) • فليس للمحكمة الاستئنافيةأن تفصل فى أية مسألة غير مطروحة عليها (٢) •

ويلاحظ أنه اذا ضمت دعويان لنظرهما معا أمام محكمة الدرجةالاولى، وكان الموضوع والسبب والخصوم فى أحدى الدعويين هى بذاتها فى الدعوى الأخرى فان هذا الضم يؤدى الى دمج الدعويين بحيث نفقد كل منهما استقلالها • فاذا طعن بالاستئناف فى الحكم الصادر فى الدعويين ، فان الطعن ينصرف الى الدعويين معا • وعلى المحكمة الاستئنافية أن تنظر الطلبين معا ، فاذا قضت بالغاء الحكم المستأنف بالنسبة لاحدى الدعويين وأغفلت الحكم فى الدعوى الاخرى ، فانها تكون قد أخطات فى تطبيق القانون (٣) •

واذا حدث وصدر الحكم يشتمل على أجزاء بعضها لصالح المدعى والبعض الآخر لصالح المدعى عليه ، واستأنف أحدهما الشق الصادر ضده ، فلا يطرح على المحكمة الا هذا الشق وحده (٤) • فاذا استأنف أحدهما الحكم كله بغير تحديد ، فان هذا الاستئناف — رغم عمومه — لا يرد الا على الأجزاء من الحكم الضارة بالمستأنف ، وذلك تطبيقا لقاعدة عامه مقتضاها ان الحق فى الطعن لا ينشأ الا بالنسبة لما صدر ضد الطاعن(٥)• أما الأجزاء الاخرى من الحكم ، فانها لا تطرح على المحكمة الاستئنافية الا باستئناف آخر يقدم من الخصم الذى صدرت ضده • ويكون الأمر كذلك ، ولو كان الجزء الذىلم يرفع عنه الاستئناف يتعلق بالنظام العام ،

---

(١) نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٢٦١ — ١٧٣ (وليس للمستأنف أن يطرح الدعوى الموضوعية بواسطة مذكرته الختامية . فان فعل فلا يؤدى هذا الى طرحها على المحكمة ، اذ لا يعتبر رفعا لاستئناف) .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٥١ — ٢٤ .

(٣) نقض مدنى ١٤ مايو ١٩٧٧ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ — عدد ٣ — ص ١٢٧ بند ٢٦ .

(٤) نقض مدنى ١٨ ابريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٦٧٠ — ١٠٥ .

(٥) كوستا : بند ٣٤٢ ص ٣٩٥ وما بعدها . عكس هذا : موريل بند ٦٣٥ ص ٤٩٠ .

اذ ليس للمحكمة أن تسوىء مركز الطاعن نتيجة لطعنه • وتطبيقا لهذا حكم بأنه اذا قضى حكم أول درجة بقبول الدعوى شكلا وفى الموضوع برفض الدعوى ، واستأنف المدعى بالنسبة للناحية الموضوعية دون الشكلية التى قضى فيها لصالحه ، فليس لمحكمة الاستئناف أن تعرض تلقائيا للناحية الشكلية ، وتقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانونى • اذ مسألة عدم قبول الدعوى لا تكون مطروحة على المحكمة الاستئنافية(١) وينطبق مبدأ الأثر الناقل للاستئناف أيضا على الطلبات الجديدة التى يجوز ابداؤها أمام محكمة الاستئناف • فقد قدمنا أنه على خلاف القاعدة العامة ، يجوز — استثناء — ابداء بعض الطلبات الجديدة لأول مرة فى الاستئناف ، كما هو الحال بالنسبة للطلب الجديد فى سببه أو بالنسبة لما يستحق من أجور وفوائد ومرتبات وغيرها من الملحقات بعدم تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة • فهذا الطلب الجديد الجائز أمام محكمة الاستئناف لا يجوز لهذه المحكمة أن تقضى به ما لم يشمله الاستئناف ، فان فعلت فانها تكون قد تجاوزت نطاق الاستئناف (٢) •

ويستثنى من هذا المبدأ :

(أ) الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهى للخصومة ، اذ تعتبر تلك الأحكام مستأنفة بقوة القانون باستئناف هذا الحكم (مادة ١/٢٢٩) • وذلك سواء كانت هذه الاحكام صادرة لمصلحة مستأنف الحكم المنهى للخصومة أم صدرت ضد مصلحته ، وسواء كانت قطعية أم غير قطعية ،

---

(١) نقض عمال ١١ مارس ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٧٩٤ لسنة ٤٩ ق . ونقض مدنى ٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٥٨ — ٢٩ ؛ و ٣٠ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٤١ — ٤٢ .

(٢) أنظر نقض ايجارات ١٩٨٢/١/١٤ فى الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤٧ ق . و نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٤ — فى الطعن رقم ٧٢٥ لسنة ٤٤ ق . وقد قضى بأنه اذا صدر حكم اول درجه بالاخلاء لتكرار التاخر فى السداد دون عذر مقبول ، واستأنفه المحكوم عليه لهذا السبب . وكان المستأنف ضده لم ينازع فيما انتهت اليه محكمة أول درجة من حصول كامل السداد بالاجرة حتى قفل باب المرافعة أمامها مما يمتنع معه الاخلاء ، فان ما عمدت اليه محكمة الاستئناف من تأسيس حكمها بالاخلاء على عدم سداد ما استجد من اجرة اعوامها حتى الاخرى فيه مجاوزة لنطاق الاستئناف

متعلقة باجراءات الاثبات أو يسير الخصومة أو متعلقة بقبول الدعوى أو بموضوعها (١) • على أنه يجب لاعمال هذا الاستثناء ألا يكون الحق فى الطعن بالاستئناف فى أحد هذه الأحكام قد سقط ، اذ عندئذ يصبح الحكم حائزا لقوة الامر المقضى وليس للمحكمة الاستئنافية أن تعيد النظر فيما قضى به • ويكون الامر كذلك فى حالتين : الاولى : اذا كان الحكم قد قبل ممن صدر ضده ، صراحة (١/٢٢٩) أو ضمنا (٢) • على أن اغفال المستأنف ذكر الحكم فى صحيفة الاستئناف لا يعتبر قبولا له ، اذ الحكم يعتبر — كما قدمنا — مستأنفا بقوة القانون (٣) • الثانية : اذا كان الحكم من تلك التى تقبل الطعن الفورى ، دون انتظار صدور الحكم المنهى للخصومة ، وانقضى ميعاد الطعن فيها بالاستئناف (٤) • فاذا صدر حكم وقتى أثناء الخصومة ، وانقضى ميعاد استئنافه دون الطعن فيه ، ثم صدر الحكم المنهى للخصومة فان استئناف هذا الأخير لا يطرح الحكم الوقتى على المحكمة الاستئنافية •

واعتبار الاحكام غير المنهية مستأنفة بقوة القانون يفترض أن الحكم المنهى قد طعن فيه بالاستئناف طعنا صحيحا فى الميعاد • ويقتصر الامر على ما رفع عنه الاستئناف ، فاذا اشتمل الحكم المنهى للخصومة على شقين ، واستؤنف فى شق منه ، فلا يعتبر مستأنفا بقوة القانون الا الاحكام غير

---

(١) نقض مدنى ٢٣ أبريل ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٦٦ — ١٠٧ .

(٢) رغم نص المادة ١/٢٢٩ على استثناء الاحكام التى قبلت صراحة ، فلا شك فى سقوط الحق فى الطعن فيما قبل ضمنا ، وبالتالى عدم اعتبار ما قبل ضمنا مطروحا على القضاء (حيثيات حكم النقض ١٩٨١/١٢/٢٤ فى الطعن ٤١١ لسنة ٤٢ ق) .

(٣) نقض مدنى ٢٣ أبريل ١٩٦٩ — مشار اليه .

(٤) نقض مدنى ٢٩ فبراير ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٤٦٠ — ٦٧ . فالاحكام التى تقبل الطعن الفورى لا تعتبر مستأنفة باستئناف الحكم المنهى وانما تعتبر كذلك اذا رفع عنها استئناف خاص فى الميعاد القانونى الخاص بها (نقض مدنى ٢٦ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١١٥ — ١٨٦) .

المنهية للخصومة المتعلقة بهذا الشق . والى هذا تشير المادة ٢٢٩/١ باحالتها الى المادة ٢٣٢ (١) .

(ب) اذا كان المدعي أمام أول درجة قد تقدم بطلب أصلى وآخر احتياطى كما لو طلب التنفيذ العينى واحتياطيا التعويض ، ورفضت المحكمة الطلب الاصلى وتطرقت الى الطلب الاحتياطى ففصلت فيه ، فان استئناف الحكم فى الطلب الاحتياطي يطرح أمام المحكمة الاستئنافية أيضا الطلب الأصلى دون حاجة الى استئناف خاص به (٢/٢٢٩) (٢) . ويفترض هذا أن يكون طرفا الطلب الأصلى هما نفس طرفى الطلب الاحتياطى ، فان اختلفا فان استئناف الحكم فى الطلب الاحتياطى لا يطرح الطلب الاصلى الا بشرط اختصام المحكوم له بالنسبة لهذا الطلب . ووفقا للمادة ٢/٢٢٩ يمكن اختصامه ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف . ولكن ما الحل اذا قبلت محكمة أول درجة الطلب الاصلى وبالتالى لم تتعرض للطلب الاحتياطى ، وطعن المحكوم عليه فى هذا الحكم ؟ لم يتعرض نص المادة ٢٢٩ لهذا الفرض . وقد ذهبت محكمة النقض فى ظل القانون الملغى (٣) الى أن استئناف هذا الحكم يستتبع اعتبار الطلب الاحتياطى مطروحا على المحكمة الاستئنافية دون رفع استئناف بشأنه . وفرعت على ذلك أن على المحكمة الاستئنافية اذا ألغت الحكم الابتدائى وقضت برفض الطلب الأصلى أن تعرض للطلب الاحتياطى وتفصل فيه (٣) ، ولكن المادة ٢٣٤ من المجموعة الجديدة لم تأخذ بهذه النتيجة اذ نصت على أنه اذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم فى الطلب الاصلى فعليها أن تعيد القضية بالنسبة للطلب الاحتياطى الى محكمة

---

(١) نقض ايجارات ١٣ يناير ١٩٨٢ فى الطعن ٢١٠٧ لسنة ٥٠ ق . ونقض مدنى ١٧ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٩٧١ لسنة ٥٠ ق .

(٢) انظر : احمد ابو الوفا — مقالة منشورة فى مجلة المحاماة السنة ٥٨ العدد ٣ و ٤ ص ٩٧ .

(٣) نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٥١٨ — ٨٥ . على أن محكمة النقض اشترطت لهذا أن يكون كل من الطلب الاصلى والطلب الاحتياطى (نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٣٠٨ — ٤٧) . وانظر : كيوفندا — جزء ثان بند ٤٠٠ ص ٥٦٥ — ٥٦٦ .

أول درجة للفصل فيه (١) . وهو ما يعنى أن استئناف الحكم فى الطلب الاصلى لايطرح الطلب الاحتياطى على المحكمة الاستئنافية ، وذلك على أساس أن حكم أول درجة لم يتعرض للطلب الاحتياطى ، ففصل المحكمه الاستئنافية فيه يعتبر مخالفة لمبدأ التقاضى على درجتين .

(جـ) اذا طرحت على محكمة أول درجة الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية المرتبطة بالدعوى الأصلية ، ودافع الضامن فى الدعويين معا ، واستأنف الضامن الحكم الصادر ضده فى الدعوى الاصلية ، فان استئنافه يطرح على محكمة الاستئناف أيضا دعوى الضمان الفرعية (٢).

(د) اذا كان حكم أول درجة مكونا من أجزاء يعتمد بعضها على بعض فان استئناف الجزء الرئيسى يطرح على المحكمة الاستئنافية الجزء المعتمد عليه . ولهذا اذا صدر حكم الزام بدين معين وفوائده ، فاستأنفه المحكوم عليه بالنسبة للدين ، فان استئنافه يشمل أيضا الفوائد (٣) .

٢ — للخصوم أمام المحكمة الاستئنافية تقديم أوجه دفاع ودفوع وأدلة أثبات جديدة غير التى قدمت أمام أول درجة (مادة ٢٢٣) (٤).

---

(١) نقض مدنى ٢٤ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٠٥ — ١٨٤ مالم يكن كل من الطلبين منيا على نفس الاساس القانونى ، اذ لا مصلحة فى اعادة الطلب الاحتياطي الي محكمة أول درجة (انظـر : نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٦٤٣ — ١٢٧) .

(٢) نقض مدنى ٢ مايو ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٩٤١ لسنة ٤٤ ق . فاذا استأنف الضامن الحكم فى دعوى الضمان دون الحكم فى الدعوى الاصلية فلا يطرح على المحكمة الاستئنافية الا دعوى الضمان (نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٥٧ — ٧١١) . ومن ناحية أخرى ، فانه اذا رفع استئناف عن الحكم الصادر فى الدعوى الاصلية من غير طرفى دعوى الضمان ، فانه يمتنع على المحكمة الاستئنافية أن تتعرض لدعوى الضمان . (نقض مدنى ١٩ فبراير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٤٤٠ — ٩٠) .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٩ ص ٥٦١ . فنسان : بند ٦٢٣ ص ٨٠٧ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٧ ص ٥٥١ . نقض ايجارات ٢٢ ديسمبر ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٩ ق . ووسائل الدفاع الجديدة هي ما يستند اليها الخصم فى تأييد ما يدعيه دون أن يغير من مطلوبه . (نقض أحوال شخصية أول نوفمبر ١٩٧٨ — الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق).

وذلك مع ملاحظة ألا يكون قد سقط — فى أول درجة — الحق فى تقديمها وألا يتضمن الدفاع تقديم طلب جديد غير مقبول لاول مرة أمام الاستئناف. ولهذا لا يجوز للمدعى عليه أن يتقدم لأول مرة فى الاستئناف بطلب المقاصة القضائية (١) . وسلطة تقديم أدلة اثبات جديدة تستتبع أيضا سلطة التمسك بظروف ووقائع لم يحدث التمسك بها أمام أول درجة ، على ألا تتضمن هذه الوقائع طلبا جديدا (٢) .

٣ — تكون للمحكمة الاستئنافية نفس السلطات التى كانت لمحكمة أول درجة قبل اصدارها الحكم (٣) . ولهذا فان لها أن تأمر باجراءات الاثبات التى كانت محكمة أول درجة تستطيع الأمر بها ، سواء أمرت بها محكمة أول درجة أم لا . فيكون لها أن تسمع شهودا أو ان تستعين بخبير أو أن تنتقل للمعاينة أو أن تلزم خصما من الغير بتقديم مستند ، الى غير ذلك من سلطات محكمة أول درجة ، وذلك ما لم يتحقق سقوط أو يكون دليل قد استهلك مما لا يمكن اعادته . بل هى تلتزم باستعمال هذه السلطات للوصول الى الحقيقة ، فتخطىء اذا اكتفت فى أمر يقوم على التقدير الشخصى — كالمضاهاة أو تقدير أقوال الشهود — بتأييد رأى محكمة أول درجة دون أن تقوم هى به (٤) . ومن ناحية أخرى ، فان لمحكمة ثانى درجة أن تعيد نظر القضية من جميع جوانبها دون تقيد بما انتهى اليه حكم أول درجة . فاذا كان الطلب قد رفض أمام محكمة أول درجة ، فان محكمة ثانى درجة تستطيع أن تقبل الطلب اما لأنها — على خلاف محكمة أول درجة — تجد أن جميع الوقائع المنشئة ثابتة ، أو أنها — على خلاف حكم أول درجة — تستبعد ثبوت وقائع مانعة أو منهية .

---

(١) نقض مدنى ١٧ يونيو ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٩٩٦ — ١٥٧ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان بند ٢٤ ص ٢٤٢ .

(٣) فنسان : بند ٦٢٢ ص ٨٠٥ — ٨٠٧ . كوستا : بند ٣٤٤ ص ٣٩٧ . زانزوكى : جزء ثان بند ٢٧ ص ٢٤٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩٧٩/٢/١٤ — فى الطعن رقم ١١١١ لسنة ٤٨ ق . و ٨ ابريل ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٤٦٨ — ٧٥١ و ٩ نوفمبر ١٩٧١ — فى الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٣٥ .

كذلك اذا كان حكم أول درجة قد قبل الطلب ، فان للمحكمة الاستئنافية أن تحكم برفضه (١) . فتخطىء محكمة ثانى درجة اذا حجبت نفسها عن سلطتها بمقولة أنها لا تملك التعقيب على حكم محكمة أول درجة (٢) . وتكون لمحكمة ثانى درجة السلطة الكاملة بالنسبة لموضوع الدعوى من جميع جوانبه ، ولو كانت محكمة أول درجة قد اقتصرت على بحث بعض هذه الجوانب (٣) .

٣٧٢ - الاستئناف المقابل والاستئناف الفرعى : اذا صدر الحكم ، وكان لكل من الطرفين الحق فى الطعن فيه بالاستئناف ، فان الطعن الذى يرفعه أولا أحد الطرفين وتبدأ به خصومة الاستئناف يسمى الاستئناف الأصلى أما الطعن الذى يرفعه الطرف الآخر بعد ذلك فى نفس خصومة الاستئناف الأصلى فانه يسمى الاستئناف المقابل . ويجب أن يرفع كل من الاستئنافين ممن له الحق فيه ، وفى الميعاد الخاص به .

على أن هناك صورة من صور الاستئناف المقابل ، نظمها القانون لايجاد توازن بين مركزى الخصمين . ذلك أن أحد الخصمين قد يرضى عند حدوث خسارة جزئية بقبول الحكم ، فلا يطعن فيه . فاذا قام خصمه باستئناف الحكم فان ما بنى عليه الطرف الاول قبوله الحكم لا يتحقق ، ويختل التوازن الذى أقامه الحكم المطعون فيه بين الطرفين . ولاعادة هذا التوازن ، ينظم المشرع ما يسمى بالاستئناف الفرعى . وبموجبه يستطيع

---

(١) كما ان لها ان تؤيد ما قضت به محكمة اول درجة . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٣٩٧ ص ٥٥٣ . موريل : بند ٦٣٩ ص ٤٩٥ .

(٢) نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ - مجموعة النقض ١٦ - ١٠٣٦ - ١٩١ .

(٣) فاذا رفضت محكمة اول درجة الدعوى لان عقد البيع أساس الدعوى مزور ، فان للمحكمة الاستئنافية تناول النزاع من كل وجوهه سواء مايتعلق منها بالوقائع او بتطبيق القانون فلا تنحصر سلطتها فى مسألة تزوير العقد (نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٦٦ مجموعة النقض ١٧ - ١٣١٤ - ١٨١) .

من قبل الحكم أو فوت ميعاد الاستئناف أن يستأنف الحكم ــ رغم ذلك ــ اذا كان خصمه قد رفع استئنافا (١) .

وقد قنن المشرع هذه القواعد فى المادتين ٢٣٧ و ٢٣٩ مرافعات . ولأن الاستئناف الفرعى يعتبر استثناء على القواعد العامة المتعلقة بميعاد الطعن أو بأثر قبول الحكم ، فمن المقرر أنه لا يقبل الا حيث ينص القانون صراحةعلى جوازه (٢) . ولهذا فانه لا يقبل بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، اذ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تعرفه (٣) فيقتصر تطبيقه على استئناف الأحكام الصادرة فى المسائل المدنية والتجارية الذى تحكمه المادة٢٣٧ مرافعات . ومن ناحية أخرى ، من المقرر أن جواز أو عدم جواز الاستئناف الفرعى أمر يتعلق بالنظام العام اذ يتصل بنظام التقاضى ، ولهذا فان على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ويمكن التمسك به لأول مرةأمام محكمة النقض (٤) . ويجيز القانون الاستئنافى الفرعى اذا كان رافعه قد قبل الحكم أو فوت ميعاد الطعن فيه . على أن القبول المقصود هــو القبول الذى يتم قبل رفع الاستئناف الاصلى (٥) لأنه اذا قبل المستأنف عليه الحكم بعد رفع هذا الاستئناف فلا أساس لمنحه الحق فى الطعن فهو يعلم عند قبوله الحكم أن خصمه لم يرض به . ويعتبر هذا القبول

---

(١) كوستا : بند ٣٢٥ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد قرره المشرع فى قانون المرافعات بالنسبة للاستئناف فلا يجوز ان ينسحب الى غيره من طرق الطعن فى الأحكام . (المحكمة الادارية العليا ٤ ابريل ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٦٣١ لسنة ١٢ ق) . ولهذا لا يجوز الطعن الفرعى بالنقض (نقض عمال ١٩٨٢/١/١٦ فى الطعن رقم ٧١ لسنة ٤٣ ق . نقض مدنى اول يونيو ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٧١٦ ــ ١١٨) .

(٣) نقض أحوال شخصية ١٩٨٤/١١/٢٧ فى الطعن رقم ٣٦ لسنة ٥٣ ق . ونقض مدنى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٢ ــ مجموعة النقض ١٣ ــ ١٠٧٢ ــ ١٦٨ .

(٤) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ٢٧٣ ــ ٤١ .

(٥) وهذا القبول لا يمنع من الاستئناف الفرعى ولو كان فى صورة تنفيذ للحكم (ديباش : مشار اليه بند ٨٩ ص ٧٣) .

اللاحق مانعا من الاستئناف الفرعى ولو كان قبولا ضمنيا • وقد حكم بأن طلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف يعتبر قبولا للحكم يمنعه من اقامة استئناف فرعى (١) •

وحيث يجوز رفع استئناف مقابل ولو كان فرعيا ، يجب أن ينصب هذا الاستئناف على نفس الحكم محل الاستئناف الأصلى (٢) ، كما يجب — وفقا للقواعد العامة — أن يكون للمستأنف المقابل الحق فى الطعن بأن يكون الحكم قد رفض له بعض طلباته أو قضى ضده فى أحد طلبات خصمه • ويكون للخصم أن يرفع استئنافا مقابلا فيما يجوز له رفع استئناف أصلى • ولهذا فان الاستئناف المقابل يمكن أن يكون محله الجزء من الحكم الذى صدر ضد رافع الاستئناف المقابل سواء كان هذا الجزء محلا للاستئناف الاصلى أو كان غير الجزء الذى طعن فيه المستأنف الأصلى (٣) • على أنه يلاحظ أن الاستئناف المقابل مقيد بأطراف الاستئناف الأصلى • فمن ناحية ، ليس لغير مستأنف عليه أصلى أن يرفع استئنافا مقابلا • ذلك أن الهدف من الاستئناف المقابل هو الرد على الاستئناف الأصلى (٤) • ومن ناحية أخرى ، لا يوجه الاستئناف المقابل

---

(١) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٢٧٣ — ١٤ •

(٢) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٢٤٨ — ١٨٠ • اى حكم صادر فى نفس الدعوى (بعناصرها الثلاثة) ولو تعدد رفعها الى القضاء (نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٢٦ — ١٤٤) •

(٣) نقض مدنى ١١ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٣٠٤ — ٤٧ . ديباش : بند ٩١ ص ٧٣ . ليبمان : قيود تعسفية ضد الطعن الفرعى المتأخر — منشور فى : riv. proc. 1969 p.p. 573-578. وهو تعليق ضد حكم لمحكمة استئناف نابولى فى ١٨ سبتمبر ١٩٥٨ كان قد قضى بأن الاستئناف الفرعى لا يقبل الا اذا انصب على نفس الجزء من الحكم الذى انصب عليه الاستئناف الاصلى •

(٤) على انه يلاحظ ان للمستانف الاصلى ان يرفع استئنافا مقابلا ردا على استئناف المستانف عليه اذا كان الاستئناف الاصلى لم يرد الا على جزء من الحكم ، اذ يعتبر المستانف الأصلى مستانفا عليه بالنظر الى الاستئناف المقابل الاول (ديباش : مشار اليه بند ٩٣ ص ٨٠) •

الا لمستأنف أصلى ٠ ففى مواجهته فقط يكون المستأنف عليه فى حاجة للدفاع فى الاستئناف الأصلى ٠ فلا يجوز توجيه استئناف مقابل الى مستأنف عليه أصلى (١) ٠ ويجب أن يوجه الاستئناف المقابل الى المستأنف الأصلى بنفس الصفة التى رفع بها هذا الاستئناف (٢) ٠

بقى أن نحدد متى يجد المستأنف عليه من مصلحته أن يرفع استئنافا مقابلا (أو فرعيا) ٠ القاعدة كما رأينا هى أن نطاق قضية الاستئناف يتحدد بما يعرض على المحكمة الاستئنافية من طلبات ٠ ولهذا اذا تضمن الحكم عدة أجزاء بعضها لصالح المدعى والاخرى لصالح المدعى عليه ، واستأنف أحدهما الحكم بالنسبة لما قضى فيه ضده ، فلا تطرح على المحكمة الاستئنافية الأجزاء الأخرى الا باستئناف مقابل من الخصم الآخر ٠ ولاخلاف حول ضرورة الاستئناف المقابل فى هذه الحالة ٠ ومن ناحية أخرى ، لاخلاف حول عدم الحاجة الى استئناف مقابل من المستأنف عليه اذا كان غير محكوم عليه بالنسبة لأى طلب من الطلبات ٠ ويكفى الاستئناف الأصلى لكى يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل فى كافة الأوجه التى يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة سواء تلك التى أغفلت الفصل فيها ، أو فصلت فيها لغير مصلحته ، ما دام لم يتخل عنها (٣) ٠ ولكن الخلاف ثار حول الحاجة الى استئناف مقابل من المستأنف عليه اذا كان محكوما عليه من محكمة أول درجة وكان الاستئناف الأصلى قد طرح على المحكمة الاستئنافية كل القضية التى فصل فيها حكم أول درجة ، ويريد المستأنف عليه من المحكمة الاستئنافية اصدار حكم أسوأ بالنسبة للمستأنف ، فهل يلزمه لهذا رفع استئناف مقابل أم يكفيه الدفاع فى الاستئناف الأصلى ؟ مثال : (أ) طالب (ب) بتعويض مقداره ألف جنيه ، حكمت محكمة أول درجة له بخمسمائة ٠

---

(١) انظر : ديباش : بند ٩٥ ص ٨١ - ٨٢ ٠ ويشير الى ان القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذه القاعدة على اطلاقها فاجاز قبول استئناف مقابل من مستانف عليه ضد مستانف عليه .

(٢) نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٦٧ - مجموعة النقض ١٨ - ٢١٥ - ٣٥ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ أبريل ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٧٣١ - ١١٨ .

استأنف الحكم طالبا بالألف ، فهل تستطيع المحكمة الاستئنافية أن تحكم بأحقية (أ) الأقل من خمسمائة أو بعدم أحقيته لأى مبلغ رغم عدم رفع(ب) لاستئناف مقابل ؟ هذا ما يراه بعض الفقهاء ، يؤيده أن محكمة ثانى درجة تعيد نظر القضية من جديد أى تعيد بحث وجود ومقدار هذا الحق ، وقد طرحا أمام المحكمة الاستئنافية بالاستئناف الأصلى . فيكفى اذن أن يقف المستأنف عليه موقف المدافع للحصول من المحكمة الاستئنافية على حكم لصالحه أكثر من حكم أول درجة (١) . ولكننا نرى مع القضاء والبعض الآخر من الفقهاء أنه فى كل حالة يكون المستأنف عليه الأصلى محكوما عليه ويريد تغيير الحكم المستأنف لصالحه فانه يجب أن يرفع استئنافا مقابلا ، ذلك أن الطعن يجب ألا يضر من رفعه (٢) .

ووفقا للمادة ٢/٢٣٧ يرفع الاستئناف المقابل بأحد طريقين :

١ — بالاجراءات المعتادة لرفع الاستئناف أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة . ويجب أن تتضمن بيانات صحيفة الاستئناف وأن تعلن للمستأنف الأصلى وفقا لقواعد اعلان صحيفة الاستئناف الأصلى وبمراعاة مواعيده . ويجوز اعلان صحيفة الاستئناف المقابل فى الموطن المختار الذى حدده المستأنف الأصلى فى صحيفة استئنافه (٣) .

٢ — بمذكرة مكتوبة يقدمها المستأنف عليه بشرط أن تشتمل على أسباب الاستئناف المقابل .

وليس للمستأنف عليه رفع استئناف مقابل بغير هذين الطريقين . فلا يجوز — على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للطلبات العارضة — رفع

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٤٤ . كوستا : بند ٢٤٢ ص ٣٩٥ .

(٢) من هذا الرأى : كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٠ ص ٥٦٥ . موريل : بند ٦٤١ ص ٤٩٧ . وهذا هو اتجاه القضاء المصرى (نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٠٧ — ٥٣ و ٤ مارس ١٩٦٥ — مشار اليه) .

(٣) والفرض ان الموطن قد اختير فى البلدة التى بها مقر المحكمة ولكن اذا حدث وكان فى بلدة اخرى ، فهذا لا يمنع من صحة اعلانه بالاستئناف المقابل فى هذا الموطن ، اذ تحديد الموطن المختار بالبلدة التى بها مقر المحكمة مقرر لمصلحة المستانف عليه الاصلى لا المستانف (نقض مدنى ٢٣ ابريل ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٨٢٦ — ١٢٠) .

استئناف مقابل بابدائه شفاهة فى الجلسة (١) . على أنه أيا كان طريق رفع الاستئناف المقابل فانه لا يقبل بعد قفل باب المرافعة فى الاستئناف الاصلى (مادة ١/٢٣٧) . فاذا أعيد فتح باب المرافعة ، فانه يمكن تقديم استئناف مقابل الى حين قفله مرة أخرى .

ورغم رفع الاستئناف المقابل فى نفس الخصومة التى بدأها الاستئناف الأصلى ، فان هذا لا يعنى تبعيته له . فكل منهما يجب أن يرفع فى شكله القانونى الصحيح . واذا بطل الاستئناف الأصلى أو ترك المستأنف الخصومة فيه ، فان هذا لا يؤثر فى بقاء الاستئناف المقابل وفى وجوب نظره . ويختلف الحل بالنسبة للاستئناف الفرعى . فهذا الاستئناف — على خلاف الاستئناف المقابل — « يتبع الاستئناف الأصلى ويزول بزواله » (٢/٢٣٧) . وعلى هذا فان قبول الاستئناف الفرعى يتوقف على قبول الاستئناف الأصلى ، فاذا حكم بعدم قبول الاستئناف الأصلى لرفعه بعد الميعاد ، كان الاستئناف الفرعى غير مقبول (٢) . كذلك الأمر اذا حكم ببطلان رفع الاستئناف الأصلى أو اعتبر كأن لم يكن . ومن ناحية أخرى ، فان زوال الاستئناف الأصلى يؤدى الى زوال الاستئناف الفرعى . ولهذا فانه اذا حكم بسقوط الخصومة فى الاستئناف الاصلى فان هذا يستتبع حتما وبقوة القانون زوال الاستئناف الفرعى (٣) . كذلك الأمر اذا ترك المستأنف الأصلى استئنافه ، فالحكم بقبول هذا الترك

---

(١) نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٣١٥ — ٥٣ . فان رفع بابدائه شفويا فى الجلسة ، كان غير مقبول وان كان هذا لا يمنع من اعادة رفعه من جديد باجراءات صحيحة مادام باب المرافعة لم يقفل . (نقض مدنى ٨ مارس ١٩٨٢ — فى الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) ديباش : بند ٨٧ ص ٧٠ .

(٣) واذا كان المستأنف الفرعى هو الذى طلب سقوط الخصومة فى الاستئناف الاصلى فان هذا الاثر يترتب دون حاجة لاشتراط نزوله عن استئنافه قبل طلب سقوط الخصومة (نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ مجموعة النقض ٧١ — ٥٤٢ — ٧٤) .

يستتبع زوال الاستئناف الفرعى (مادة ٢٣٩) • على أنه يلاحظ أنه اذا كان الأصل تطبيقا للقواعد العامة أن المستأنف الأصلى ليس له تـرك الخصومة بعد رفع الاستئناف الفرعى الا اذا قبل المستأنف عليه (المستأنف الفرعى) هذا الترك ، اذ أنه باستئنافه يكون قد قدم طلبا فى الخصومة ، فانه استثناء من هذا تنص المادة ٢٣٧ على أن هذا القبول غير لازم فى حالة ما اذا كان ترك المستأنف الأصلى قد اقترن بالنزول عن الحق فى الاستئناف أو كان ميعاد الاستئناف بالنسبة المستأنف الاصلى قد انقضى عند الترك ، اذ فى هاتين الحالتين ، لايستطيع المستأنف الأصلى أن يعود ويرفع — بعد ترك الخصومة — استئنافا جديدا • فليس للمستأنف الفرعى أن يعترض على ترك المستأنف الاصلى لاستئنافه ، اذ هو يؤدى الى نفس الوضع الذى ارتضاه قبل رفع هذا الاستئناف (١) •

٣٧٣ — اجراءات خصومة الاستئناف والحكم فيه : لان الهـدف من الاستئناف هو نظر قضية أول درجة من جديد ، وللمحكمة والخصوم نفس السلطات التى لهم فى أول درجة ، فقد رأى القانون أن تكون خصومة الاستئناف بنفس هيكل خصومة أول درجة ، وهكذا تنص المادة ٢٤٠ على أن « تسرى على الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الاولى سواء فيما يتعلق بالاجراءأت أو بالاحكام » • وعلى هذا ينطبق على خصومة الاستئناف ما سبق بيانه بالنسبة لخصومة أول درجة من قواعد تتعلق بنظـر القضية ووقف الخصومة وانقطاعها ، وتركها (مع ملاحظة نص المادة ٢٣٨) وسقوطها وانقضائها بمضى المدة • كما ينطبق عليها ما سبق من قواعد تحكم غياب الخصوم مع ملاحظة أن خصومة الطعن تعتبرمن حيث هيكلها خصومة جديدة (٢) فيمكن أن يكون الخصم

---

(١) رمزى سيف : بند ٦٦٤ ص ٨٥٤ .

(٢) نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ٢٧ — ٥٤٢ — ٧٤ (الاجراءات التى اتخذت فى شق النزاع المطروح على المحكمة الابتدائية لا تحول دون سقوط الخصومة فى الاستئناف المرفوع عن شق آخـر متى وقف سيرها امام محكمة الاستئناف بفعل المستانف او امتناعه مدة تزيد عن سنة) .

فيها غائبا رغم أن خصومة أول درجة كانت بالنسبة له حضورية . وأخيرا يسرى على الحكم فى الاستئناف ما سبق بيانه بالنسبة لحكم أول درجة سواء من حيث اصداره أو شكله أو تصحيحه أو تفسيره .

ويخضع حكم المحكمة الاستئنافية بالنسبة لتسبيبه لما سبق ذكره بصفة عامة (١) ، مع ملاحظة ما يأتى :

(أ) اذا أيدت المحكمة الاستئنافية حكم أول درجة فلها أن تحيل الى أسبابه بالشروط السابق بيانها (٢) ، ولكن يجب ألا تكون قد قضت ببطلان هذا الحكم . فهى عندئذ اذا رأت رغم قضائها ببطلان الحكم أنه عادل فى قضائه وأرادت تأييده فليس لها أن تحيل الى أسبابه بل عليها أن تصدر قضاء مستقلا عنه وان كان مطابقا له ، والا فإن حكم المحكمة الاستئنافية « يكون قد أيد حكما لا وجود له وأحال على معدوم مما يبطله » (٣) .

(ب) اذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكم أول درجة فهى تلتزم فقط ببيان أسباب هذا الالغاء (٤)، أو بذكر الأسباب التى يقوم عليها قضاؤها . فلا تلتزم ببحث أو تفنيد أسباب حكم أول درجة أو الاحكام السابقة عليه ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب تكفى لحمله (٥) اذ فى أسبابه الرد الكافى على حكم أول درجة (٦) .

---

(١) ما سبق بند ٣٣٩ .

(٢) بند ٣٣٩ .

(٣) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٢٩١ — ٤ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ اكتوبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٥٦٤ — ٢١٩ .

(٥) نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٦٥ — ٤٧ . واول ابريل ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٥٥٠ — ٨٧ . و ٢٢ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١١٥٤ — ١٨٢ .

(٦) نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٤٧ — ١٧٠ .

(جـ) اذا عدلت المحكمة الاستئنافية حكم أول درجة دون الغائه كلية فانها لا تكون ملزمة الا بذكر الاسباب التى اقتضت هذا التعديل • ويعتبر كل ما لم يتناوله التعديل مؤيدا ، وتبقى أسباب الحكم الابتدائى قائمة بالنسبة له دون حاجة الى احالة صريحة اليها (١) •

ولأن مبدأ التقاضى على درجتين يعنى أن تنظر المحكمة الاستئنافية قضية سبق نظرها من محكمة أول درجة ، فان على المحكمة الاستئنافية اذا ألغت حكم أول درجة أن تنظر موضوع الدعوى • فليس لها أن تعيد الدعوى الى محكمة أول درجة التى فصلت فى موضوع الدعوى لأنها استنفدت ولايتها • ويكون الأمر كذلك ولو كانت المحكمة الاستئنافية قد ألغت حكم أول درجة بسبب بطلانه أو بطلان فى الاجراءات السابقة على الحكم ما دام هذا البطلان لم يمس ايداع صحيفة الدعوى أمام أول درجة (٢) ، أو يمس اعلان المدعى عليه بهذه الصحيفة (٣) •

على أن نظر موضوع الدعوى من المحكمة الاستئنافية مشروط بأن تكون محكمة أول درجة قد نظرت هذا الموضوع (٤) • فاذا كانت هذه

---

(١) نقض مدنى ١٠ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٢٧١ — ٤٤ •

(٢) نقض مدنى ٢٠ ابريل ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ١٨١ لسنة ٤٥ ق و ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٥١٩ — ٢٥٧ . و ٥ نوفمبر ١٩٦٤ مجموعة النقض ١٥ — ١٠٠٣ — ١٤٩ •

(٣) نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٨٥ — فى الطعن رقم ٢١٠٢ لسنة ٥٤ ق. و ٣٠ مايو ١٩٧٧ — مجموعة النقض ٢٨ ص ١٣١٣ :و١٥ مايو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٧٤٨ — ١٣٣
وفى هذا يقول حكم النقض ٢٣ يناير ١٩٨٥ أن ايداع الصحيفة وان كانت تبدأ به الخصومة ، الا أن ذلك مشروط باعلان الصحيفة اعلانا صحيحا الى المدعى عليه تطبيقا لمبدأ المواجهة بين الطرفين ، فان تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الابتدائى زالت الخصومة كاثر للمطالبة القضائية ذلك ان الخصومة انما وجدت لتسير حتى تتحقق الغاية منها بالفصل فى الدعوى .

(٤) وقد حكم بأنه يعتبر قضاء فى الموضوع حكم محكمة أول درجة بسقوط الحق فى الشفعة لاحد الاسباب الواردة فى القانون المدنى فى باب الشفعة (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ١٣٨٤ — ٢١٧) •

المحكمة قد امتنعت عن نظر الدعوى بعد قضائها ببطلان رفعها أو بطلان اعلان صحيفتها أو بأن المحكمة لا ولاية لها أو غير مختصة (١) ، أو كانت قد قضت بعدم قبول نظر الدعوى سواء لسبب اجرائى (٢) أو لسبب موضوعى (٣) ، فان المحكمة الاستئنافية يجب أن تقتصر على الغاء حكم أول درجة • فليس لها أن تتصدى لنظر موضوع لم يبحث من محكمة أول درجة ، والا خالفت مبدأ التقاضى على درجتين • وتعتبر هذه المسألة متعلقة بالنظام العام ، فيعتبر حكم المحكمة الاستئنافية الذى يتصدى لنظر دعوى لم تنظر أمام أول درجة باطلا لفصله فى مسألة لا تدخل فى اختصاص محكمة الدرجة الثانية • ولا يزيل هذا البطلان عدم تمسك الخصم ذى المصلحة باعادة القضية الى محكمة أول درجة (٤) ، كما لا يزيله اتفاق الخصوم على خلافه (٥) •

المبحث الثالث
التماس اعادة النظر

٣٧٤ ـ فكرة اعادة النظر : ينظم القانون طريق طعن خاص فى الأحكام النهائية يرفع الى نفس المحكمة التى أصدرتها ويرمى الى معالجة ما يرد فى هذه الاحكام من خطأ فى تقدير الوقائع ، اذا كان هذا الخطأ قد أدى الى التأثير فى قرار القاضى بحيث ما كان يصدر على النحو الذى صدر به لو لم يقع فى هذا الخطأ • ويسمى هذا الطريق بالتماس اعادة

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٩/١/٢٢ فى الطعنين رقمى ٦٠٢ و ٦٤٨ لسنة ٤٧ ق . وانظر ما سبق بالنسبة للدفوع الشكلية بند ٢٨٠ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ٣٣٩ ـ ٥٤ .

(٣) على أن محكمة النقض تسير على عكس هذا . ما سبق بالنسبة للدفوع بعدم القبول بند ٢٨٧ .

(٤) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٩٨١ ـ ١٥٣ .

(٥) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٦٢ ـ مشار اليه .

النظـــر (١) recurs en revision (٢) • وهو بهذا يقابل طريق الطعن بالنقض • فالنقض لمواجهة الخطأ فى القانون ، أما اعادة النظر فلمواجهة الخطأ فى الواقع (٣) • والأصل أن مثل هذا الخطأ يعالج بواسطة الطعن بالاستئناف الذى يسمح باعادة نظر وقائع القضية وتقديرها من جديد • فاذا كان الحكم لا يقبل الطعن بالاستئناف فلا يبقى من سبيل لمعالجته الا اعادة النظـــر فيه • ويلاحظ أن اعادة النظـــر ليست طعنا فى الحكم لعيب فى ارادة القاضى (٤) كالطعن فى العقد لعيوب الرضا ، ذلك أن الحكم عمل تقدير لا يعبر به القاضى عن ارادته وانما عن ارادة القانون • والمهم عند المشرع لا أن يريد القاضى الحكم على نحو معين بل أن يكون الحكم على هذا النحو مطابقا لارادة القانون • ولهذا فان أساس اعادة النظر ليس وجود عيب فى الارادة وانما أن الوقائع كانت مخالفة للحقيقة مما أثر فى تقدير القاضى (٥) •

٣٧٥ ــ الاحكام القابلة لاعادة النظـــر : يقبل الطعن بالتماس اعادة النظـــر كل حكم يصدر غير قابل للطعن بالاستئناف • ذلك أنه اذا كان الحكم يقبل الاستئناف ، فيمكن ــ عن طريق الاستئناف ــ معالجة

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٢٦ .

(٢) وقد نشأ فى فرنسا فى القرون الوسطى كطريق طعن استثنائى فى قرارات البرلمانات باسم «Proposition d'erreur» ولكن هذا الطريق سقط بعدم الاستعمال . فلما صدر أمر سنة ١٦٦٧ نظم اعادة المحاكمة بديــلا عنــه . (أنظر: مــوريل بنــد ٦٤٦ ص ٥٠١) . وكــان يســمى بالفرنسية la requête civile حتى صدرت المجموعة الفرنسية الجديدة فهجرت هذه التسمية . (فنسان بند ٦٥١ ص ٨٤٩) .

(٣) ومع ذلك فان المشرع المصرى فى المادة ٢٤١ يجعل من اسباب الالتماس عيوبا لا تتعلق بتقدير الوقائع وانما بخطأ فى الاجراء . وهــذه هى : اذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، وحالة ما اذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض ، وحالة ما اذا صدر الحكم على شخص لم يمثل تمثيلا صحيحا فى الدعوى .

(٤) كوستا : بند ٣٧١ ص ٤٢٩ . عكس هذا : ساتا : بند ٢٩٢ ص ٣٩٢ .

(٥) نظرية البطلان للمؤلف بند ٢٢٦ ص ٤١٥ وما بعدها .

الخطأ فى الواقع المشوب به ، فلا حاجة لطريق اعادة النظـر (١) • ويستوى أن يكون الحكم قابلا للطعن بالنقض أو غير قابل له (٢) • وعلى هـذا فان الاحكام التى تقبل اعادة النظـر هى :

(أ) الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم الدرجة الأولى سواء كانت المحكمة ابتدائية أو جزئية • فاذا كان الحكم قد صدر قابلا للطعن بالاستئناف ، وفوت المحكوم عليه ميعاد الاستئناف ، أو نزل عنه ، فليس له التماس اعادة النظـر •

(ب) الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية •

وهذه الأحكام تقبل اعادة النظر أيا كانت طبيعتها سواء كانت أحكام الزام أو تقريرية أو منشئة ، وأيا كان مضمونها سواء كانت بقبول الدعوى أو بعد قبولها أو رفضها (٣) ، وسواء صدرت منهية للخصـومة أو غير منهية لها مع ملاحظة قاعدة عدم جواز الطعن فى هذه الأخيرة الا مع الحكم المنهى وما يرد عليها من استثناءات (٤) • ومن ناحية أخرى ، تقبل هـذه الأحكام اعادة النظر سواء صـدرت من محكمة عادية أو من محكمة استثنائية • واستثناء مما تقدم ، لا تقبل الاحكام النهائية اعـادة النظـر فى حالتين : (أ) اذا صدرت فى دعوى وقتية (٥) ، وذلك لما للحكم الوقتى من حجية وقتية وأثر لا يتعلق بالموضوع • (ب) اذا صدر الحكم بعد التماس اعادة النظـر ، وفقا لما سيلى بيانه •

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٢٨ . فنسان : بند ٦٥٢ ص ٨٥٠ .
(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٣ ص ٥٦٩ .
(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٤ ص ٥٧٢ .
(٤) موريل : بند ٦٤٦ ص ٥٠٢ .
(٥) فنسان : بند ٦٥٢ ص ٨٥٠ . موريل : بند ٦٤٦ ص ٥٠١ . محمد على راتب : بند ١٠١ ص ٢٤٤ . عكس هذا : كيوفندا : الاشارة السابقة . رمزى سيف : بند ٦٧٣ ص ٨٦١ . كمال عبد العزيز ص ٤٨٣ .

كذلك من المقرر أن الاحكام الصادرة من محكمة النقض لا تقبل الطعن بالتماس اعادة النظر ، اذ هي لا تقبل الطعن بأى طريق • وهو حكم محل نقد من بعض الفقهاء (١) •

٣٧٦ — أسباب اعادة النظر : يجب لالتماس اعادة النظر ، فضلا عن توافر الخسارة لدى الطاعن ، أن يوجد عيب من العيوب التى ينص عليها القانون • ولأن التماس اعادة النظر طريق طعن غير عادى ، فهذه العيوب واردة فى القانون على سبيل الحصر (٢) •

ويلاحظ أن بعض هذه الاسباب يمكن أن تؤدى الى قابلية الحكم للطعن فيه بالنقض أو بالتماس اعادة النظر (٣) • وأسباب التماس اعادة النظر وفقا للقانون المصرى هى (مادة ٢٤١) :

---

(١) فنسان : الاشارة السابقة . على أساس أنه يمكن أن تتحقق بشأنها بعض اسباب اعادة المحاكمة (زانزوكى : جزء ثان ص ٣٢٩) .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٤ ص ٥٧٣ . فنسان بند ٦٥٣ ص ٨٥١ . نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٤٩٧ — ٧٣ .

(٣) ويلاحظ فى هذا الشأن : ا — أن الحكم النهائى اذا كان يقبل النقض كما يقبل الالتماس ، فان تحديد نطاق كل من الطريقين يكون على أساس أن التماس اعادة النظر يفترض أن القاضى عند اصداره الحكم الباطل قد اصدره بغير علم أو بغير ادراك للواقع او لحكم القانون ، أما اذا كانت المخالفة بادراك كامل من القاضى ، فهو لم يطبق القانون متعمدا — خطأ — ان هذا ليس حكم القانون — كان تقضى المحكمة بالفوائد قاصدة الى القضاء بها دون طلب ، أو تقضى بما يجاوز الطلب وهى مدركة ما قدم لها من طلب وانها تجاوز هذا الطلب — فان الطريق يكون هو الطعن بالنقض . نقض مدنى ٢٦ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٨ ق . و ١٩٨٢/١/١٧ فى الطعن ١١١ لسنة ٥١ ق . ٢٥ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن ٧٥٤ لسنة ٤٠ ق . و ١٤ ابريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٨١ — ١٠٩ ، و ١١ مارس ١٩٧٢ مجموعة النقض ٢٣ — ٣٩٤ — ٦٢ . موريل : بند ٦٤٨ ص ٥٠٣ . فنسان : بند ٦٥٣ ص ٨٥١ حاشية ٧ . وانظر بند ٣٧١ . ب — أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بصفة انتهائية اذا شابه عيب يبطله مما يعتبر فى نفس الوقت سببا للالتماس ، فانه اذ يقبل الطعن بالاستئناف لا يقبل الطعن — رغم توافر السبب — بالتماس اعادة النظر ، (رمزى سيف : بند ٨٦٣ ص ٨٧١) .

١ ـ اذا وقع من الخصم غش أثر فى الحكم : وتفترض هـذه الحالة:

(أ) غش يتوجه الى أحد مصادر معلومات القاضى أو يـؤدى الى منع الخصم من حقه فى الدفاع (١) • ويعتبر غشا الوسائل الاحتيالية فلا يعد كذلك مجرد الكذب أو استعمال حيلة مشروعة أثناء الدفاع ، أو السكوت بعض الوقت عن ابداء دفاع معين (٢) أو العدول عن تعديل الطلبات متى تم وفقا للقانون (٣) • كما لا يعتبر غشا حلف يمين كاذب(٤)• وتقدير ما يعتبر غشا وما لا يعتبر أمر يخضع لتقدير المحكمة التى يرفع اليها الالتماس (٥) •

(ب) أن يصدر الغش من المحكوم له أو من ممثله ، سواء كان ممثلا قانونيا أو اتفاقيا (٦) • وينسب الغش الى الخصم ولو صدر من الغير اذا كان الخصم قد ساهم فيه أو استعمله عالما به (٧) • ويتصور أن يكون

---

(١) كوستا : بند ٣٧٢ ص ٤٣٠ ، ساتا : بند ٢٩٤ ص ٣٩٤ . وقد قضت محكمة النقض ـ فى تفسيرها للمادة ٢٢٨ الخاصة ببدء ميعاد الاستئناف « اذا صدر الحكم بناء على غش وقع من الخصم » (وهى مقابلة للمادة ٢٤١ الخاصة بالالتماس) ، « ان تعمد الخصم اخفاء قيام الخصومة عن خصمه للحيلولة دون مثوله فى الدعوى وابداء دفاعه فيها يعد من قبيل الغش فى حكم المادة ٢٢٨ مرافعات متى صدر الحكم الابتدائى على هذا الخصم فى غيبته ، وكانت الطاعنة قد اقامت استئنافها على أن الحكم المستأنف صدر بناء على غش من المطعون ضدها بأن استهدفت عدم علمها بقيام الخصومة فعمدت الى توجيه اعلان صحيفة الدعوى والحكم المستأنف فى موطنها بالقاهرة منتهزة فرصة غيابها عن هذا الموطن خلال تلك الفترة وذلك للحيلولة دون مثولها فى الدعوى وابدائها دفاعها فيها » (نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٨٥ فى الطعن ٢٠٩ لسنة 52 ق .) .

(٢) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٣٩ . ساتا : بند ٩٤ ص ٣٩٥ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٤٦٧ ـ ٦٥ .

(٤) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٤ ص ٥٧٣ ، وذلك لما قدمناه من ان اثبات كذب اليمين لا يغير من قوة اليمين فى الاثبات . (بند ٣٠٤) .

(٥) رمزى سيف : بند ٦٧٧ ص ٨٦٣ .

(٦) كيوفندا : الاشارة السابقة .

(٧) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٠ .

الغش فى صورة تواطؤ بين الخصم وبين ممثل الطاعن (١) • ولكن هل يعتبر غشا تواطؤ الخصمين فيما بينهما لاخفاء الحقيقة عن القاضى ؟ يذهب البعض الى هذا على أساس أن التواطؤ غشان (غش من كل من الخصمين) لا غش واحد ، فيجب — من باب أولى — أن يجيز لكل من الخصمين الطعن بالتماس اعادة النظر (٢) • ولكن الرأى الراجح أن تواطؤ الخصمين لا يعتبر غشا وفقا للمادة ١/٢٤١ مما يبرر اعادة النظر • ذلك أن المشرع يفترض لامكان اعادة النظر ألا يكون الطاعن عالما بالغش أثناء الخصومة ، ولهذا يجعل ميعاد الطعن من يوم اكتشاف الغش • ولا شك فى علم المتواطىء بالغش المشترك فيه • فليس له — ان رأى مصلحته فى الطعن — أن يلتمس اعادة لنظر بعد صدور الحكم (٣)•

(جـ) أن يكون الغش خافيا على ملتمس اعادة النظر طوال نظر الدعوى بحيث لم تتح له الفرصة لتقديم دفاعه فيه وتنوير حقيقته للمحكمة• فاذا كان عالما به وتناوله فى دفاعه ورجحت المحكمة بشأنه قول خصم على آخر وعلى أساسه حكمت له اقتناعا منها ببرهانه ، فلا يصلح سببا للالتماس (٤) •

---

(١) موريل : بند ٦٤٧ ص ٥٠٢ .

(٢) Lipari (F.Y.) Appunti sul dolo processuale bilaterale riv. div. proc. 1928-1-p. 287.

(٣) أندريولى : جزء ثان ص ٦٢٨ .

Calvosa (Carlo) : Riflessioni sulla frode alla legge nel processo civile, in : Studi in onore di Redenti-v. 1-p. 230. Guarnieri (Andrea) : Dolo processuale billaterale e revocazione, riv. dir. proc. 1927-1-p. 261.

(٤) وفى هذا تقول محكمة النقض : « الغش بالمعنى الذى تقصده المادة ١/٢٤١ مرافعات هو الذى ... لم يتح للمحكمة أن تتحرى عندأخذها به بسبب عدم قيام المحكوم عليه بدحضه وتنويرها فى حقيقة شأنه لجهله به وخطاء أثره عليه حيث يستحيل كشفه ، فاذا كان مطلعا على أعمال خصمه ولم يناقشها أو كان فى وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يفصح امره أو كان فى مركز يسمح له بمراقبة تصرفات خصمه ولم يبين أوجه دفاعه فى المسائل التى يتظلم فيها فانه•لاوجه للالتماس (نقض مدنى ١٩٨١/٥/٢٥ فى الطعن رقم ١٧١ لسنة ٤٨ ق) .

ولا يجوز التماس اعادة النظر تحت شعار تسميته اقناع المحكمة ببرهان غشا ، اذ أن برهنة الخصم على دعواه بالحجج المعلومة لخصمه حق

(د) أن يكون الغش قد أثر فى اصدار الحكم ، بمعنى أن يكـون التقدير الذى اشتمل عليه الحكم قد تحدد استنادا الى التمثيل المزيف للحقيقة الراجع الى الغش ، بحيث أنه بغير هذا الغش ما صدر الحكـم بالمضمون الذى صدر به (١) .

٢ ــ اذا كان الحكم قد بنى على أوراق ثبت فيما بعد تزويرها أو على شهادة حكم فيما بعد بأنها مزورة : وعلة هذه الحالة التى تنص عليها المادة ٢٤١ فى الفقرتين ٢ و ٣ أن الحكم قد استند أساسا الى دليل ثبت فساده . ويفترض توافرها :

(أ) أن تكون أدلة الاثبات التى ثبتت فيما بعد فسادها هى أوراق عرفية أو رسمية أو شهادة شاهد . فلا توجد بشأن أدلة اثبات أخرى ، كما لو تعلق الأمر بخبرة أو حلف يمين أو اقرار (٢) .

(ب) أن يكون الحكم قد بنى على هذا الدليل : أى أنه لولا هـذا الدليل لما صدر الحكم بالمضمون الذى صدر به . ولايهم وجود أدلة أخرى فى القضية ما دام الحكم قد بنى على ذلك الدليل .

(جـ) أن يثبت تزوير الدليل : ويكون هذا الثبوت بالنسبة للمحررات بصدور حكم بالتزوير سواء كان مدنيا أو جنائيا (٣) أو باقرار من محرر الورقة بتزويرها . أما بالنسبة لشهادة الشاهد ، فلا يكون هذا الثبوت

لكل خصم فى دعوى ينفتح به باب الدفاع والتنوير للمحكمة أمام الخصـم الآخر وليس من الغش فى شىء (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٤٥٧ ــ ٩٣ . و ٣٠ نوفمبر ١٩٦٦ ــ مجموعة النقض ١٧ ــ ١٧٥٨ ــ ٢٥٣) .

(١) ساتا : بند ٢٩٤ ص ٣٩٤ . زانزوكى : الاشارة السابقة .

(٢) والعلة بالنسبة لحلف اليمين ان اليمين يحتفظ بقوته ولو ثبت فيما بعد أنه يمين كاذب (زانزوكى : جزء ثان بند ٣٣٠) . وبالنسبة للاقرار هى أن الاقرار لا يقبل اثبات العكس . أما الخبرة فالقانون المصرى لم ينص عليها على خلاف بعض التشريعات (انظر المادة ٥٩ من تنظيم القضـاء اللبنانى) .

(٣) ساتا : بند ٢٩٤ ص ٣٩٥ .

الا بصدور حكم بأنها مزورة ، فلا يكفى مجرد الاقرار • ويستوى أن يكون التزوير ماديا أو معنويا (١) •

(د) أن يثبت هذا التزوير بعد صدور الحكم الملتمس اعادة النظر فيه (٢) ، وقبل رفع الالتماس • ذلك أنه اذا كان ثابتا قبل الحكم فان الحكم اذ ينبنى عليه يعتبر مشوبا بخطأ فى الاجراء ، ولا يكون سبيل الطعن فيه هو الالتماس • ومن ناحية أخرى ، فانه اذا لم يكن التزوير ثابتا قبل رفع الالتماس ، فان الالتماس يكون قد رفع لغير السبب الذى رفع من أجله •

٣ — ظهور أوراق قاطعة فى الدعوى بعد صدور الحكم كان الخصم المحكوم له قد احتجزها أو حال دون تقديمها : وتفترض هذه الحالة :

(أ) وجود أوراق قاطعة فى الدعوى فلا يكفى فى القانون المصرى أى مستند اذا لم يكن ورقة مكتوبة ، ولهذا فانه لا يكفى وجود شريط مسجل أو مصور ، أو اقرار غير قضائى (٣) • ويجب أن تكون هذه الأوراق قاطعة فى الدعوى ، بمعنى أن يكون من شأنها لو اطلع عليها القاضى قبل اصداره الحكم أن يغير تقديره بالنسبة لثبوت الوقائع • وتقدير أثر الورقة مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة (٤) •

(ب) أن يكون المحكوم له قد احتجزها أو حال دون تقديمها فى الخصومة • ويفترض هذا أن يكون المحكوم له ملزما بتسليمها أو وضعه تحت تصرف الطاعن ، اذ بغير هذا لا يكون فعل الخصم هو الذى حال

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٤ ص ٥٧٣ .

(٢) موريل : بند ٦٤٦ ص ٥٠٢ . هذا ولو ثبت أن طالب الالتماس كان يجهل قبل الحكم وجود هذا التزوير ، فلم يعلم به الا بعد صدور الحكم .

(٣) وفى هذا يختلف القانون المصرى عن بعض التشريعات . (أنظر : قانون القضاء المدنى اللبنانى — للمؤلف — بند ٤٣٨ ص ٧٨٢) .

(٤) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٦١١ — ٢٤٦ .

دون تقديم الورقة (١) . فاذا لم يوجد هذا الالتزام ، فلا تتوافر هـذه الحالة . وتتيجة لهذا فان مجرد التدليس المستخدم من خصم لمنع خصمه من معرفة وجود الورقة لا يصلح سببا لالتماس اعادة النظـر وفقا لهذه الحالة (الا أنه قد يصلح وفقا لحالة الغش السابقة) . ومن ناحيـة أخرى ، فانه يكفى فعل الخصم ولو لم يكن مشوبا بالتدليس (٢) .

(جـ) أن تظهر بعد صدور الحكم المطعون فيه : وهو ما يعنى أن يكون الطاعن جاهلا وجود هذه الاوراق قبل صدوره . فاذا كان عالما بوجودها ولم يطلب الزام من تحت يده بتقديمها ، فليس له الطعن بالالتماس على أساس ظهورها بعد الحكم . كما يجب أن يكون قد علم بهذه الاوراق قبل رفع الالتماس .

٤ ـ اذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه :

وفى هذه الحالة يعتبر أن الحكم قد نقصه مفترض ضرورى هو الطلب القضائى . ولهذا فان الحكم يكون باطلا (٣) . ومثاله أن يطالب أ بتقرير حق انتفاع على منزل أو يطالب بمبلغ ألف جنيه ، فيحكم القاضى بتقرير حق ارتفاق له (شىء لم يطلبه) أو بتقرير حق ملكية له أو بمبلغ ألفى جنيه (أكثر مما طلبه) . أو يطالب المدعى بالدين فيقضى له بالفوائد رغم عدم طلبها (٤) ، ويتعلق الامر بالحكم بقبول الطلب ، وليس برفضه . فللمحكمة أن ترفض طلبا ولو لم يطلب المدعى عليه هذا الرفض دون أن يعتبر هذا قضاء بما لم يطلبه المدعى عليه . ويكون هذا اذا ثبت لهـا عدم توافر الوقائع المنشئة لحق المدعى . ومن ناحية أخرى ، يقتصر الامر

---

(١) كيوفندا : جزء ثان بند ٤٠٤ ص ٥٧٤ .

(٢) موريل : بند ٦٤٧ ص ٥٠٢ . وان كان القضاء الفرنسى يجرى على اشتراط التدليس (موريل : نفس الاشارة) .

(٣) ولهذا فان بعض التشريعات تعتبره سببا لا للالتماس وانما للطعن بالنقض (مادة ٣/٦١ تنظيم قضاء لبنانى) . وهذا أيضا ما يراه الفقه فى ايطاليا (كوستا : بنه ٣٥٤ ص ٤١١) . وفى مصر يعتبر أحيانا سببا للنقض . انظر ما سبق بند ٣٧٥ .

(٤) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٧٨ فى الطعن ٧٥٤ لسنة ٤٠ ق .

على ما يفترض طلبا من أحد الخصوم ، فما يكون للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها لا يجوز الطعن فيه على أساس أنه قضاء بغير أو بأكثر مما طلب. وأخيرا ، فانه لا يعتبر قضاء بما لم يطلبه الخصم اذا تعلق بأمر يدخل ضمنا فى طلب الخصم . ذلك أن الطلبات — كما قدمنا — قد تكون صريحة أو ضمنية (١) .

٥ — اذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض . والمقصود هو التناقض فى المنطوق ، وليس التناقض فى الاسباب (٢) وقد سبق بيان معنى هذا التناقض (٣) .

٦ — الحكم على شخص لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا فى الدعوى : وهذه الحالة تفترض أن المحكوم عليه شخص اعتبارى لم يمثله من له سلطة تمثيله قانونا ، أو شخص طبيعى لم يصح تمثيله فى الخصومة كما هو الحال بالنسبة لحكم يصدر ضد قاصر دون أن يمثله وصيه أو وليه الذى له سلطة تمثيله ، أو حكم يصدر ضد الورثة دون أن يمثلهم مصفى التركة. وعلى العكس لا يدخل فى هذه الحالة عدم صحة الوكالة فى الخصومة أو خروج الوكيل عن نطاق وكالته . كما لا يدخل فيها حالة ما اذا كان التمثيل القانونى صحيحا ولكن الممثل القانونى أهمل فى الدفاع عن مصالح الخصم الذى يمثله (٤) .

٧ — اذا كان الحكم حجة على شخص دون أن يكون قد أدخل أو

---

(١) أنظر ما سبق بند ٢٧٢ .

ولهذا اذا طلب الدائن التنفيذ العينى ، فوجد القاضى فيه ارهاقا للمدين وقضى بدلا منه بالتعويض النقدى ، فان هذا القضاء لا يعد قضاء بما لم يطلبه الخصم اذ أن طلب التنفيذ العينى يفترض ضمنا طلب التعويض حالة تعذر التنفيذ (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٥٣٧ — ٢٨٨).

(٢) نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٥ مجموعة النقض ٢٦ — ٥٦٨ — ١١٥ .

(٣) ما سبق : بند ٣٣٨ .

(٤) رمزى سيف : بند ٦٨٣ ص ٨٧٠ .

تدخل فى الخصومة اذا أثبت هذا الشخص غش من كان يمثله فيها أو تواطؤه أو اهماله الجسيم (١) . وهذه الحالة تفترض :

(أ) أن المحكوم عليه الذى يطعن فى الحكم لم يكن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها ، سواء طرفا أصليا أو كان قد أدخل أو تدخل فيها .

(ب) أن يكون الطاعن ممن تمتد اليه حجية هذا الحكم أو تنعكس عليه . ومثاله وارث المحكوم عليه أو دائنه (٢) أو من يوجد فى مركز قانونى معتمد على الحق الذى تناوله الحكم كالمستأجر من الباطن بالنسبة لحكم يقرر بطلان عقد الايجار الاصلى (٣) . ويكفى أن تثبت هذه الصفة وقت رفع الالتماس (٤) .

(جـ) أن يكون الطاعن قد لحقه ضرر من هذا الحكم . ولهذا فانه

---

(١) وهذا السبب كانت مجموعة ١٩٤٩ تعتبره سببا لاعتراض الخارج عن الخصومة . وقد الغت مجموعة ١٩٦٨ طريق الطعن باعتراض الخارج عن الخصومة ، واضافت هذا السبب الى أسباب الالتماس ، وقد بررت المذكرة الايضاحية لمشروع قانون ١٩٦٨ هذا الاتجاه بأن الاعتراض فى هذه الحالة هو تظلم من شخص ليس من الغير وانما « يعتبر ممثلا فى الخصومة وان لم يكن خصما ظاهرا فيها » . وفى هذا الشأن تأخذ المجموعة الجديدة برأى مهجور للاستاذ شوفو Chauveau محل نقد من الفقه الحديث(رولاند: حجية الامر المقضى واعتراض الغير — بند ٢٢ ص ٣٩) والواقع أن التماس اعادة النظر كطريق للطعن يجب الا يقبل الا ممن كان طرفا فى الخصومة . ووفقا للقاعدة التقليدية « من غشك لا يمثلك » لا يعتبر الخصم الذى غشه ممثله طرفا فى الخصومة . (فنسان : بند ٦٤٢ ص ٨٣٤ . موريل : بند ٦٨١ ص ٥٢٣). ومن ناحية أخرى . فان التماس اعادة النظر لا يؤدى نفس الوظيفة التى يؤديها اعتراض الغير . فالتماس اعادة النظر يرمى الى الغاء الحكم المطعون فيه بين اطراف الخصومة ، أما اعتراض الغير فليس له هذا الاثر (ساتا بند ٣٠٤ ص ٤١٠) .

(٢) ولو كان دائنا عاديا (نقض مدنى ١٩٧٧/٤/١٣ فى الطعن ١٦ لسنة ٤٤ ق).

(٣) كوستا : بند ٣٧٧ ص ٤٣٩ . ساتا : بند ٣٠٤ ص ٤١٠ .

(٤) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٨٤ — ٨٩ .

اذا حصل دائن على حكم ضد مدين له ، فليس لدائن آخر التماس اعادة النظــر اذا كانت أموال المدين كافية للوفاء بحقوق جميع دائنيه (١) •

(د) أن يثبت غش من امتدت حجية الحكم منه الى الطــاعن ، أو تواطؤه أو اهماله الجسيم • ويستوى أن يصدر الغش من « ممثل » الطاعن أو أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين الخصم الآخر اضرارا بالطاعن (٢) • بل أنه يكفى اثبات الطاعن أن هذا « الممثل » قد أهمل فى الدفاع عــن حقه اهمالا جسيما • وتقدير توافر الغش أو التواطؤ أو الاهمال الجسيم مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٣) • على أنه يجب اثبات قيام رابطة سببية بين الغش أو التواطؤ أو الاهمــال الجســيم ومضمون الحكم ، أى أن يكون هو الذى أدى الى صدور الحكم على النحو الذى صدر به (٤) •

٧٧٧ — شكل الالتماس والمحكمة المختصــة به وميعــاده : يقــدم الالتماس بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وفقا لاجراءات رفع الدعوى (مادة ٢٤٣) • ويجب أن تتضمن الصحيفة ــ فضلا عن بيانات صحيفة الدعوى أمام أول درجة ــ بيان الحكم محل الطعن على النحــو السابق بيانه بالنسبة للاستئناف ، وبيان سبب الالتماس • ويجب أن يكون هذا السبب من أســباب الالتماس التى نص عليها القانون • وتنص المادة ٢/٢٤٣

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٠ ص ٥٨٦ — ٥٨٧ •

(٢) فاذا استبان لمحكمة الاستئناف فى حدود سلطتها الموضوعية وبأسباب سائغة وقــوع أهمال جسيم من جانب مورثة المطعون ضده ، ذلك أن هذه المورثة أسلمت قيادها لابنها الطاعن الذى كانت تعيش فى كنفه بحيث تستجيب للتوقيع على كل ورقة يقدمها لها ووكلته عنها فى القيام بكل ما يتعلق بشئونها وكانت طاعنة فى السن لا تحسن تقدير أمورها ولا ادارة أموالها ، وانتهت المحكمة الى أن مظاهر الاهمال الجسيم هذه هى التى أدت الى صدور أمر الاداء موضوع الاعتراض بدين صورى لصالح زوجة الطاعن ضد مورثة المطعون ضده وان هذه المظاهر بالاضافة الى عدم طعــن هذه المورثة فى الأمر سالف الذكر حتى أصبح نهائيا هى مما يتوافر به شرط الاهمال الجسيم فهذا يكفى لحمل قضائها (نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٤٨ — ٨٩) •

(٣) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٤٧ •

(٤) نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٧١٠ — ٢١ •

على البطلان جزاء لتخلف أى من هذين البيانين . ويجب على الطاعن أن يبين عند عرضه لسبب الالتماس أدلة الاثبات المتعلقة بهذا السبب ، وأن يحدد اليوم الذى اكتشف فيه الغش أو ثبت فيه التزوير أو ظهرت الأوراق اذا كان سبب الالتماس هو أحد هذه الأسباب . وفائدة هذا التحديد هو بيان أن سبب الالتماس قد اكتشف بعد صدور الحكم ، وأن الالتماس قد قدم فى الميعاد القانونى الذى يبدأ من هذا اليوم (١) . واذا كان الالتماس مبنيا على احدى الحالتين الأخيرتين (رقم ٦ ورقم ٧) ، وجب على الملتمس أن يودع خزانة المحكمة مبلغ عشرة جنيهات على سبيل الكفالة ، والا امتنع قلم الكتاب عن تسلم الصحيفة . (مادة ٢٤٣/) . فاذا تعدد الطاعنون ، وكانت مصلحتهم واحدة ، فانه يكفى ايداع كفالة واحدة (٢) .

وتودع الصحيفة لدى المحكمة التى أصدرت الحكم المطلوب اعادة النظر فيه ، سواء كانت محكمة أول درجة أو محكمة استئنافية ، على أنه لا يلزم أن ينظر الالتماس نفس القضاة (مادة ٢٤٣/أخيرة) . ولا حرج على نفس المحكمة — ولو شكلت من نفس القضاة — من اعادة النظر فى حكمها ، اذ هى تفعل هذا فى ضوء ظروف لم تكن مطروحة أمامها عند اصدارها حكمها . وبعبارة أخرى ، هى لا تصلح — عند اعادة النظر — تقديرا خاطئا وقعت فيه ولكنها تعيد القيام بالتقدير فى ظروف جديدة (٣) .

وميعاد الالتماس أربعون يوما (مادة ٢٤٢) . وتختلف الواقعة التى يبدأ منها هذا الميعاد باختلاف سبب الالتماس :

(أ) فاذا كان أحد الاسباب الثلاثة الاولى ، فان الميعاد يبدأ من اليوم الذى ظهر فيه الغش ، أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور ، أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحتجزة (١/٢٤٢) . ولا يقصد بظهور الورقة المحتجزة حيازة

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٧ . كوستا : بند ٤٧٤ ص ٤٣٢ .
(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٦ ص ٥٧٩ .
(٣) ساتا : بند ٢٩٧ ص ٣٩٩ .

الملتمس لها حيازة مادية وانما يكفى أن تنكشف له الورقة وتصبح فى متناول يده بحيث يمكنه الاطلاع عليها (١) •

(ب) واذا كان السبب هو القضاء بأكثر أو بما لم يطلبه الخصوم أو كون المنطوق مناقضا بعضه لبعض ، بدأ الميعاد ــ تطبيقا للقواعد العامة ــ من صدور الحكم •

(ج) واذا كان السبب هو صدور حكم على من لم يمثل تمثيلا صحيحا ، فيبدأ الميعاد من اعلان الحكم الى من يمثل المحكوم عليه تمثيلا صحيحا (مادة ٢٤٢/٢) ، أو الى المحكوم عليه نفسه اذا لم يعد فى حاجة الى هذا التمثيل •

(د) واذا كان السبب هو غش أو تواطؤ أو اهمال جسيم من « ممثل » من امتدت اليه حجية الحكم ، بدأ الميعاد من ظهور هذا الغش أوالتواطؤ أو الاهمال الجسيم (مادة ٢٤٢/٣) •

على أنه يلاحظ أنه أيا كان سبب الالتماس ــ باستثناء الحالة الأخيرة ــ فان الميعاد لا يبدأ الا من اعلان الحكم فى الحالات التى ــ وفقا لما سبق فى القواعد العامة ــ لا يبدأ الميعاد الا من هذا الاعلان ، اذا كان هذ الاعلان قد حدث بعد اكتشاف الواقعة سبب الالتماس (٢) • فاذا انقضى ميعاد الالتماس سقط الحق فيه وفقا للقواعد العامة • كما يسقط هذا الحق أيضا فى حالة قبول الحكم • على أن هذا القبول لا ينتج أثره الا اذا كان لاحقا لظهور العيب سبب الالتماس (٣) • وقد حكم بأنه اذا رفع الالتماس بعد الميعاد بالنسبة للسبب المرفوع من أجله ، فلا يصحح شكل صحيفة الالتماس التمسك بسبب آخر لا يزال الميعاد ممتدا بالنسبة له مادام هذا السبب لم يبد فى صحيفة الالتماس (٤) •

---

(١) نقض مدنى ٧ يونيو ١٩٦٢ ــ مجموعة النقض ١٣ ــ ٧٨٢ ــ ١١٧ .
(٢) رمزى سيف : ٦٨٥ ص ٨٧٣ .
(٣) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٤ .
(٤) نقض مدنى ٧ يونيو ١٩٦٢ ــ مجموعة النقض ١٣ ــ ٧٨٢ ــ ١٧٧ .

وبعد رفع الالتماس يجب اعلانه الى المطعون ضده وفقا لقواعد اعلان صحيفة الدعوى أمام محكمة أول درجة ، وفى المواعيد المحـددة لها • وهو ما يعنى أن الالتماس يجوز اعتباره كأن لم يكن اذا لم يعلن الى المطعون ضده خلال ثلاثة أشهر من رفع الالتماس •

وسواء تعلق الأمر برفع الالتماس أو باعلانه ، فانه يجب ـ اذا كـان السبب هو السبب الاخير من أسباب الالتماس ـ أن يوجـه الطعن ويعلن الى كل من « ممثل » الطاعن وخصمه فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه • فلا يكفى توجيهه أو اعلانه الى هذا الخصم وحده (١)•

٣٧٨ ـ الطعن المقابل بالتماس اعادة النظـر : يمكن تصور تقديم التماس اعادة النظـر كطعن مقابل ، وذلك فى فرضين :

الاول : اذا تمسك أحد طرفى الخصومة بحكم قضائى صدر لمصلحته ، فان للطرف الآخـر أن يتقدم بطلب عارض الى المحكمة لاعادة النظـر فى هذا الحكم • ويجب عندئذ أن يكون الحكم المطلوب اعادة النظـر بشأنه قد صدر من نفس المحكمـة ، اذ هى وحـدها المختصـة باعادة النظـر فيه (٢) •

الثانى : أن يرفع التماس باعادة النظـر بالنسبة لجزء من الحكـم ، فيتقدم المطعون ضده بالتماس مقابل لاعادة النظر بشأن الجزء من الحكم الذى صدر لغير صالحه •

ولأن المشرع المصرى لم ينظم الطعن المقابل بالتماس اعادة النظـر ، فانه يخضع من حيث شكله لاجراءات الطلبات العارضة • على أنه باعتباره التماسا باعادة النظـر يجب أن يشتمل على بيان الحكم محـل الالتماس وأسباب هذا الالتماس • ومن ناحية أخرى يجب أن يقدم الطعن فى ميعاد التماس اعادة النظـر وألا يكون الملتمس قد سبق له قبول الحكـم • فالقانون لا يجيز تقديم التماس فرعى يقبل ولو بعد انقضاء الميعـاد أو

(١) كيوفندا : نظم جزء بند ٤١٢ ص ٥٨٩ . ساتا : بند ٣٠٤ ص ٤١٠ .
(٢) فنسان : بند ٦٥٦ ص ٨٥٣ .

قبول الحكم ، كما فعل بالنسبة للاستئناف . ذلك أنه ان صح القول بأن المحكوم عليه عندما يفوت ميعاد الاستئناف أو يقبل الحكم يفعل هذا على أساس قبول الطرف الاخر للحكم ، فان هذا غير صحيح بالنسبة لمن يفوت ميعاد الالتماس أو يقبل الحكم بعد تبين سبب الالتماس (١) .

٢٧٩ — **نظر الالتماس والفصل فيه** : يمر نظر الالتماس على مرحلتين . وتختلف سلطات وواجبات المحكمة والخصوم فى المرحلتين (٢) :

(أ) **مرحلة قبول الالتماس** : وفى هذه المرحلة ينحصر نطاق القضية فى البحث فى قبول الطعن أو عدم قبوله أو رفضه . فتبحث المحكمة فيما اذا كان الطعن قد رفع خلال الميعاد وفى الشكل القانونى (٣) ، وما اذا كان — بين الاسباب التى تشتمل عليها الصحيفة — يوجد سبب يبرر اعادة النظر ، وما اذا كان بين السبب والحكم المطعون فيه رابطة سببية بحيث أنه لولا الغش أو اخفاء المستند ... الخ ما صدر الحكم على النحو الذى صدر به (٤) . فليس للقاضى أو الخصوم — فى هذه المرحلة — مناقشة القضية التى صدر فيها الحكم سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون (٥) . والاصل أن ينحصر البحث فى أسباب اعادة النظر التى تشتمل عليها الصحيفة ، ولكن تطبيقا لمبدأ الاقتصاد فى الاجراءات يرى بعض الفقهاء أنه يجوز للطاعن التمسك — أثناء هذه المرحلة — بأسباب جديدة لاعادة النظر ، وذلك حتى لا يضطر الى التمسك بها فى خصومة لاحقة على أنه يجب لهذا أن يكون ميعاد الطعن بالنسبة لهذه الأسباب

---

(١) عبد المنعم الشرقاوى : بند ٤١٩ ص ٥٨٣ . رمزى سيف : بند ٦٧٥ ص ٨٦٣ . العشماوى : جزء ثان بند ١٢٨٥ ص ٩٢٤ . ابو الوفا : بند ٦٣٦ ص ٨٧٩ . وهو رأى يؤيده أن الاستئناف الفرعى استثناء من القواعد العامة فى حاجة الى نص خاص به . انظر ما سبق بند ٣٧٢ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٥ .

(٣) موريل : بند ٦٥٣ ص ٥٠٦ .

(٤) كوستا : بند ٣٧٤ ص ٤٣٤ .

(٥) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٥ ص ٥٧٦ .

لازال قائم (١) • واذا رأت المحكمة قبول الطعن ، فانها تحكم بالغاء الحكم المطعون فيه وتحدد جلسة للمرافعة فى الموضوع ، ولا حاجة لاعلان الخصوم بها • أما اذا رأت المحكمة عدم قبول الطعن أو رفضه ، فانها تحكم بذلك • وفى حالة الرفض يجب على المحكمة الزام الملتمس بغرامة من ثلاثة الى عشرة جنيهات الا اذا كان سبب الالتماس هو أحد السببين الأخيرين فى المادة ٢٤١ ، فعندئذ يجب عليها مصادرة الكفالة المقدمة من الملتمس كلها أو بعضها • ولا يخل هذا بحق الملتمس ضده فى التعويض (مادة ٢٤٦) •

(ب) مرحلة الفصل فى الموضوع : وتبدأ هذه المرحلة فقط اذا انتهت المرحلة السابقة بحكم بقبول اعادة النظر (٢) ، ووفقا للمادة ٢٤٥ للمحكمة أن تفصل بحكم واحد فى قبول الالتماس وفى الموضوع اذا كان الخصوم قد قدموا أمامها طلباتهم فيه • فاذا رأت المحكمة أن الفصل فى الموضوع يحتاج الى تحقيق جديد فانها تقبل اعادة النظر ، وتؤجل نظر الموضوع(٣)•

ولأن الهدف من هذه المرحلة هو اصدار حكم يحل محل الحكم الذى ألغى بقبول اعادة النظر (٤) ، فان القضية فى هذه المرحلة تكون بنفس النطاق الذى كانت عليه قضية الموضوع قبل اصدار الحكم الملغى (٥)• ونتيجة لهذا (٦) : ١ — تبقى عناصر هذه القضية التى لم يمسها هذا الحكم

---

(١) ساتا : بند ٢٩٧ ص ٣٩٩ . زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٨ . وان يكون الطعن قد رفع صحيحا فى الميعاد . نقض مدنى ٧ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٧٨٢ — ١١٧ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٦ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٥ ص ٥٧٧ .

(٤) كوستا : بند ٣٧٤ ص ٤٣٤ .

(٥) على أن يقتصر على الجزء من القضية الذى يتعلق به الجزء من الحكم محل الطعن اذا كان الحكم مكونا من عدة أجزاء وطعن فى جزء منه فقط ، أو الجزء من الحكم الذى تعلق به سبب الطعن (مادة ٢٤٥/أخيرة) وذلك الى جانب الاجزاء المعتمدة على هذا الجزء . (ساتا : بند ٢٩٧ ص ٤٠٠) .

(٦) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٥ ص ٥٧٦ — ٥٧٧ .

كما هى . فتبقى أدلة الاثبات المقدمة فيها والسقوط الذى تحقق والمراكز الاجرائية التى للخصوم . ٢ ـ للخصوم نفس السلطات التى كانت لهم قبل اصدار الحكم ، فلهم التقدم بوقائع وأدلة جديدة ، كما أن لهم التمسك بأوجه دفاع ودفوع جديدة . ٣ ـ تكون للمحكمة نفس السلطات التى لها عند بحث الموضوع (١) . ويكون لها أن تصدر تقديرا مغايرا للتقدير الذى اشتمل عليه الحكم المطعون فيه سواء من حيث تقدير الواقع أو من حيث تقدير القانون .

والحكم الصادر برفض التماس اعادة النظر أو فى الموضوع لايقبل الطعن الا بنفس طرق الطعن التى كان يقبلها الحكم المطعون فيه (٢) . وذلك باستثناء الطعن بالتماس اعادة النظر ، فلا يجوز الطعن فى أيهما بهذا الطريق (مادة ٢٤٧) ، ما لم يكن الطعن مقدما من خصم الملتمس (٣) .

المبحث الرابع

الطعن بالنقض

٣٨٠ ـ فكرة النقض : لأن وظيفة القضاء فى الدولة هى تطبيق القواعد القانونية لمنح الحماية القضائية ، ولأن المحاكم التابعة لجهة المحاكم متعددة، وجب أن توجد هيئة على رأس هذه الجهة تضمن أن يكون هذا التطبيق صحيحا ، أى أن يكون القانون كما تعلنه هذه المحاكم مطابقا للقانون كما أراده المشرع ، كما تضمن أن يكون فهم المحاكم للقانون الذى تطبقه واحدا . هذه الهيئة هى محكمة النقض (٤) . فمحكمة النقض تقوم بوظيفتين (٥) :

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٣٦ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤٠٦ ص ٥٧٩ . فاذا كان هذا الحكم صادرا من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية فلا يطعن فيه بالنقض الا اذا كان صادرا عن خلاف حكم سابق (نقض مدنى ١٩٧٨/٢/٢٣ فى الطعن ٢٢٤ لسنة ٤٥ ق) .

(٣) فنسان : بند ٦٥٦ ص ٦٦٠ (الطبعة ١٤ سنة ١٩٦٩) . وقد خالف القانون الفرنسى الجديد هذا النظر (انظر المادة ١/٦٠٣ من هذا القانون : فنسان بند ٦٥٦ ص ٨٥٤) .

(٤) ساتا : بند ٢٦٩ ص ٣٦١ .

(٥) كوستا : بند ٢٥١ ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦ . كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٣ ص ٥٨٩ .

(أ) المحافظة على وحدة تفسير القواعد القانونية التى تطبقها جهة المحاكم . وبهذا التفسير تتأكد وحدة القانون الذى تطبقه هذه المحاكم ، كما يتأكد — عمليا — مبدأ مساواة الأفراد أمام القانون .

(ب) مراقبة تطبيق المحاكم للقانون . ولا تعمل محكمة النقض فقط على تأكيد احترام القواعد الموضوعية بل أيضا القواعد الاجرائية . فمحكمة النقض تراجع ، من ناحية ، تطبيق القواعد الموضوعية لتتأكد مما اذا كانت القاعدة المطبقة موجودة من الناحية المجردة . وما اذا كانت هذه القاعدة تنطبق على الحالة المحددة . وهى من ناحية أخرى ، تتأكد من احترام المحاكم للقواعد القانونية التى تحكم نشاطها ، أى تراقب احترام القواعد الاجرائية .

على أن محكمة النقض لا تباشر وظيفتها نظريا ، وانما تباشرها فى نطاق خصومة معينة بناء على طلب الخصم الذى أصابته خسارة من جراء مخالفة الحكم الصادر فى الخصومة للقانون (١) . ومن هنا كانت ضرورة تنظيم طريق طعن فى الحكم للتوصل به الى نقض الحكم الذى يخالف القانون . وهذا الطريق الذى يرمى الى نقض الحكم يسمى الطعن بالنقض (٢) . ولأن الطعن بالنقض يرمى الى تحقيق وظيفة محكمة النقض بالنسبة للقضية المعينة ، فانه يتصف بما يلى :

(أ) هو طريق طعن غير عادى ، لا يكون الا لعيوب معينة على سبيل الحصر تلحق الحكم المطعون فيه وتجعله مخالفا للقانون (بالمعنى الواسع) (٣) .

(ب) هو لا يؤدى الى طرح نفس القضية التى نظرت فيها محكمة الموضوع ، وانما الى طرح قضية أخرى هى البحث حول مخالفة الحكم للقانون (٤) .

---

(١) ساتا : الاشارة السابقة . مع ملاحظة ماسيلى بشأن الطعن بالنقض لمصلحة القانون .

(٢) كوستا : الاشارة السابقة .

(٣) موريل : بند ٦٥٥ ص ٥٠٦ . زانزوكى : جزء ثان ص ٦٢٩

(٤) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٧٠ .

(جـ) ولهذا فان محكمة النقض لا تعيد نظر النزاع ، ولا تنشغل بالوقائع التى أكدها الحكم المطعون فيه ، بل عليها أن تقبل الوقائع كما أكدها هذا الحكم وترى ما اذا كان القانون الذى طبق عليها موجودا وما اذا كان تطبيقه سليما (١) .

(د) ولهذا أيضا تنحصر وظيفة محكمة النقض فى الموافقة أو عدم الموافقة على تطبيق قاضى الموضوع للقانون ، فليس من مهمتها بعد نقض الحكم نظر الموضوع لاحلال حكم جديد محل الحكم الذى ألغته (٢) .على أن هذه النتيجة لا تأخذ بها بعض التشريعات — ومنها القانون المصرى — فى جميع الأحوال .

ولأن محكمة النقض تباشر وظيفتها عن طريق طعن فى حكم وفى نطاق الخصومة التى صدر فيها الحكم ، فان قرارها ليس له قيمة قانونية الا بالنسبة للنزاع الذى فصل فيه الحكم المطعون فيه . على أنه اذا كان الامر كذلك من الناحية القانونية ، فانه بسبب مركز المحكمة كمحكمة عليا بالنسبة لجهة المحاكم ، تكتسب أحكام محكمة النقض — من الناحية الواقعية — قيمة تقترب من قيمة القواعد القانونية . ذلك أن محاكم الموضوع تشعر بوجوب احترام ما تقول به محكمة النقض من تفسير لمختلف القواعد القانونية ، أخذا فى الاعتبار أن أى تفسير مخالف سيتعرض لخطر هدمه عن طريق الغاء الحكم من محكمة النقض (٣) .

٣٨١ — **الاحكام القابلة للنقض** : كقاعدة عامة ، لا تقبل الطعن الا الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (٤) (مادة ٢٤٨) . فلا يطعن

---

(١) فنسان : بند ٦٥٧ ص ٨٥٥ .

(٢) ساتا : بند ٢٧٠ ص ٣٦٢ .

(٣) ساتا : بند ٢٦٩ ص ٣٩٣ . .

(٤) وهو مبدأ يختلف عن المبدأ الذى يأخذ به كل من القانونين الفرنسى (مادة ١ من قرار ٦٧/١٢١٠ فى ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧) والايطالى (٣٦٠ اجراءات مدنية) وهو يقضى بامكان الطعن بالنقض سواء فى أحكام محاكم الاستئناف أو الاحكام الصادرة من أول درجة غير القابلة للطعن بالاستئناف (انظر : موريل بند ٦٥٦ ص ٥٠٦ . ساتا : بند ٢٧٣ ص ٣٦٤) .

بالنقض فى الاحكام الصادرة من محاكم الدرجة الاولى ولو صدرت انتهائية ، أو فى الاحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية ، الا فى أحوال استثنائية . وتقبل جميع أحكام محاكم الاستئناف الطعن بالنقض ، سواء صدرت فى استئناف أحكام محاكم الدرجة الاولى ، أو صدرت بعد نظر محكمة الاستئناف لطعن بالتماس اعادة النظر . وسواء كان الحكم فاصلا فى موضوع الدعوى أو صادرا قبل الفصل فى الموضوع ولو فى دعوى وقتية (١) . وسواء كان الحكم منهيا للخصوم أو غير منه لها مع ملاحظة ما سبق بيانه فى القواعد العامة للطعن من عدم قابلية الحكم غير المنهى للخصومة للطعن الا بعد صدور الحكم المنهى لهاباستثناء بعض الحالات (٢) . وأخيرا ، فان حكم محكمة الاستئناف يقبل الطعن بالنقض أيا كانت قيمة القضية التى صدر فيها .

ولمحكمة النقض فى سبيل الفصل فى مسألة جواز الطعن بالنقض من عدمه ان تراقب تكييف المحكمة الاستئنافية للدعوى وان تعطيها ما ترى أنه وصفها الصحيح وتكييفها القانونى السليم غير متقيدة فى ذلك بالوصف الذى أسبغته عليها المحكمة الاستئنافية (٣) .

على أن الطعن بالنقض فى حكم لا ينال من نهائية ذلك الحكم ولايوقف حجيته فيبقى حجة فيما فصل فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية الى أن ينقض فعلا (٤) .

ويلاحظ بالنسبة لجواز الطعن بالنقض ما يأتى :

١ — حيث يجوز الطعن بالنقض فى غير أحكام محاكم الاستئناف ، فان الامر يقتصر على أحوال محددة واردة على سبيل الحصر لا يجوز الطعن فى غيرها (٥) . وهى فى القانون المصرى : (أ) الحكم الانتهائى —

---

(١) زانزوكى : جزء ثان بند ٥ ص ٢٧١ .
(٢) ماسبق بند ٣٤٩ .
(٣) نقض مدنى ٩ يونيو ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٦ ق .
(٤) نقض مدنى ١٩٨١/١٢/١٩ فى الطعن رقم ٨١٩ لسنة ٤٦ ق .
(٥) نقض مدنى ٧ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩٠٨ — ١٣٤ .

أيا كانت المحكمة التى أصدرته سواء كانت محكمة جزئيــة أو محكمــة ابتدائية ــ الذى فصل فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الامر المقضى (مادة ٢٤٩) • (ب) الأحكام الانتهائية التى يجيز القانون للنائب العام الطعن فيها لمصلحة القانون فى الحالات التى تنص عليها المادة ٢٥٠ •

٢ ــ لا يجوز الطعن بالنقض الا فى الاحكام الصادرة بصفةانتهائية، ولهذا فانه حيث يجوز الطعن بالنقض استثناء فى حكم صدر من محكمة أول درجة ، فانه يجب لجواز الطعن أن يكون الحكم قد صدر لايجوز الطعن فيه بالاستئناف • أما اذا كان قد صدر قابلا للاستئناف ، وفوت المحكوم عليه ميعاده فأصبح الحكم نهائيا فانه لا يقبل الطعن بالنقض رغم توافر احدى حالاته (١) •

٣ ــ حيث يطعن فى حكم صادر من المحكمة الاستئنافية ، فانالطعن بالنقض يرد على هذا الحكم ، وليس على الحكم الصادر من محكمة أول درجة والذى كان مطروحا بالاستئناف على المحكمة الاستئنافية • وذلك سواء قضت هذه الاخيرة بتأييده أو بالغائه أو بتعديله (٢) •ولهذا فان سبب الطعن بالنقض يجب أن يتوافر فى حكم المحكمة الاستئنافية، فلا يجوز النعى على حكم المحكمة الاستئنافيــة بما ورد فى الحكــم الابتدائى من أسباب لم يأخذ هو بها • أو بأى عيب منسوب فقط الى حكم محكمة أول درجة (٣) •

٤ ــ اذا طعن بالنقض فى حكم غير منه للخصومة مع الحكم المنهى ، فيجب أن يكون كل من الحكمين قابلا للطعن بالنقض وأن يرد الطعن

---

(١) العشماوى : جزء ثان بند ١٣٣٧ ص ٩٦٣ . وحاشية ٣ . نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٩ ــ مجموعة النقض ٢٠ ــ ٨١٧ ــ ١٢٩ .

(٢) نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٧٠ ــ مجموعة النقض ٢١ ــ ٤٨٤ ــ ٧٨ •

(٣) نقض ايجارات ٢٩ أكتوبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق . (اذا قضى حكم اول درجة بعدم قبول دعوى من شخص ، ولم =

عليهما وأن يتوافر سبب للنقض فى كل منهما أو على الاقل أن يتوافر سبب للنقض فى الحكم غير المنهى ويكون هذا الحكم أساسا للحكم المنهى بحيث يؤدى نقض الاول الى الغائه بالتبعية (١) •

٥ — اذا نص القانون على عدم جواز الطعن فى حكم بالاستئناف ، فان هذا المنع لا يشمل الطعن بالنقض فى هذا الحكم (٢) ، مع ملاحظة أن هذا الطعن لا يكون الا حيث يجيز القانون الطعن فى غير أحكام محاكم الاستئناف أو المحاكم الاستئنافية • على أنه اذا طعن فى الحكم بالاستئناف رغم عدم جوازه ، فقضت محكمة الاستئناف بعدم جواز الاستئناف فان هذا الحكم بعدم الجواز — اذ هو صادر من محكمة الاستئناف — يقبل الطعن بالنقض وفقا للقاعدة العامة (٣) •

٦ — لا يجوز الطعن بالنقض — لأى سبب — فى أحكام المحكمين أو فى الأعمال الولائية أيا كان الشكل الذى تصدر فيه (٤) • واذا قبل عمل ولائى الطعن فيه بالاستئناف كما هو الحال بالنسبة لحكم ايقاع البيع ، فان الطعن بالنقض انما يرد على حكم الاستئناف وهو عمل قضائى وليس على حكم ايقاع البيع أى على العمل الولائى •

=

يكن هذا القضاء محل طعن امام الاستئناف ، فلا يقبل ان يكون محل طعن كسبب للنقض) . نقض مدنى ١٩٧٩/٣/٥ فى الطعن رقم ٢٤ لسنة ٤٤ ق . ونقض احوال شخصية ٢٢ ديسمبر ١٩٧١ فى الطعن ٢٥٦ لسنة ٣٠ق . ونقض مدنى ٧ ديسمبر ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٧٩٧ — ٢٦٠ . و ١١ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٩٥٦ — ١٤٤ .

(١) ابو الوفا : بند ٦٣٩ ص ٨٨٢ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٦٦ — ٩١ . و ١٥ اكتوبر ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٤٠ — ١٩١ . (بشأن المادة ١٥ من ق . ١٢١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بايجار الاماكن) .

(٣) نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ٧١ — ١١٣٩ — ١٥٤ .

(٤) العشماوى : جزء ثان بند ١٣٣٦ ص ٩٦٢ .

٣٨٢ - **اسباب الطعن بالنقض** : لأن النقض طريق طعن غير عادى ، فلا يكفى بشأنه توافر الخسارة لدى الطاعن بل يجب أن يوجد فى الحكم - الى جانب الخسارة - أحد العيوب المحددة التى نص عليها القانون فى المادة ٢٤٨ مرافعات (١) . ولا تكفى الاشارة الى هذه العيوب بصيغة عامة ، بل يجب أن يحدد العيب فى الحكم بحيث يكون متفقا مع تحديد المشرع لهذا العيب (٢) . و للخاسر أن يطعن فى الحكم لعيب واحد أو أكثر (٣) . وتعتبر بعض هذه العيوب أخطاء فى التقـدير ، أى أخطـاء يرتكبها القاضى فى اعلانه القانون فى الحالة المعينة ، وتعتبر البعض الآخر أخطاء فى الاجراء أى فى نشاط القاضى الذى يلزمه به القانون ، لكن يمكن اصدار حكم عادل فى القضية . وقد سبق بيان هذه التفرقة (٤) . والأهمية الأساسية لاعتبار سبب معين من أسباب النقض مما يدخل فى الأخطاء فى التقدير أو على العكس فى الأخطاء فى الاجراء ، أنه فى الحالة الاولى تقتصر سلطة محكمة النقض على القانون دون الواقع ، فى حين أنه فى الحالة الثانية يكون لمحكمة النقض أن تبحث الوقائع (٥) . وهكذا اذا حكم بعدم قبول الاستئناف على أساس أن الطاعن قد قبل الحكم الذى يطعن فيه ، وطعن فى هذا الحكم بالنقض ، فان لمحكمة النقض أن تبحث فيما اذا كانت الواقعة التى تعتبر قبولا هى كذلك أم لا .

٣٨٣ - **اولا - مخالفة القانون او خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله** :
والمقصود بمخالفة القانون : انكار وجود قاعدة قانونية موجودة ، أو تأكيد وجود قاعدة قانونية لا وجود لها . أما الخطأ فى تطبيق القانون

---

(١) زانزوكى : جـزء ثان ص ٢٧٢ . كيوفندا : جـزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٢ .

(٢) ساتا : بند ٢٧٣ ص ٣٦٥ .

(٣) كوستا : بند ٣٥٣ ص ٤٠٧ .

(٤) بند ٣٤٦ . وانظـر Rigaux (Framcois) : la nature du control de la Cour de Cassation, Bruxelles, Et. Em. Brugamt, 1966, m 16 p. 21.

(٥) سـاتا : بنـد ٢٧٤ ص ٣٦٦ . زانزوكى : جـزء ثان ص٢٧٩ . موريل : بند ٦٦٧ مكرر ص ٤١٤ . سـاتا : التعليق - الكتاب الثانى - الجزء الثانى ص ١٨٩ .

فيوجد بتطبيق قاعدة قانونية على واقعة لا تنطبق عليها ، أو تطبيقها عليها على نحو يؤدى الى نتائج قانونية مخالفة لتلك التى يريدها القانون (١)، أو برفض تطبيقها على واقعة تنطبق عليها . أما الخطأ فى تأويل القانون فيوجد عندما يخطىء القاضى فى تفسير نص قانونى غامض (٢) . والمقصود « بالقانون » كل قاعدة قانونية عامة واجبة التطبيق بواسطة المحكمة التى يطعن فى حكمها . فيدخل فى مدلولها : المعاهدات الدولية ، واللوائح الادارية العامة (٣) ، والتشريعات المحلية ، ونصوص العقود الجماعية للعمل (٤) ، والقوانين الاجنبية التى تحيل اليها قواعد الاسناد الوطنى (٥)، والعرف والعادة (٦) . وعلى العكس لا يدخل فى مدلولها : المنشورات الوزارية ، والقوانين التى تتضمن أمرا خاصا ومحددا ليس له صفة العمومية والتجريد كالقانون الذى يقرر معاملة مالية خاصة لشخص معين ، وقواعد العدالة اذ هذه ترجع لتقدير المحكمة (٧) .

ويلاحظ بالنسبة لهذا السبب من أسباب النقض ما يلى :

(أ) أنه يمكن التمسك بمخالفة القانون ولو كان قد ألغى ، اذا كانت الرابطة القانونية فى القضية تخضع له قبل الغائه .

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٣ . كوستا : بند ٣٥٣ ص ٤٠٨ زانزوكي : جزء ثان ص ٢٧٤ .

(٢) موريل : بند ٦٦٠ ص ٥٠٩ ولأن المحكمة لا تفسر القانون الا لتطبيقه ، فانه يمكن القول بأن تعبير الخطأ فى تطبيق القانون يشمل الخطأ فى تأويله .

(٣) موريل : الاشارة السابقة .

(٤) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٧٥ .

(٥) على أن القضاء الفرنسى يرى أن التفسير الخاطىء للقانون الاجنبى لا يخضع للنقض – (فنسان : بند ٦٦٤ ص ٨٦٤) .

(٦) مع ملاحظة أنه لا يفترض لدى القاضى العلم بالقانون الاجنبى أو بالعرف أو بالعادة ، ولهذا لا ينقض الحكم لمخالفة أيهم الا اذا كان قد حدث التمسك به أمام المحكمة التى أصدرت الحكم (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٤) . ولا يجوز التحدى بعرف معين لاول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٥٩٦ لسنة ٤٥ ق . و ٥ يناير ١٩٧٥ – مجموعة النقض ٢٦ – ٣٣١ – ٧١ . و ٦ يونيو ١٩٦٨ – مجموعة النقض ٢٩ – ١١٢٠ – ١٦٧) .

(٧) زانزوكى : الاشارة السابقة .

(ب) أنه يمكن التمسك بمخالفة الحكم لقانون جديد طبق بعد صدور الحكم المطعون فيه اذا خضعت له الرابطة القانونية فى القضية ، كما هو الحال بالنسبة للقانون الذى ينص على أن له أثرا رجعيا أو القانون التفسيرى (١) • حقيقة أن القاضى باصدار هذا الحكم لم يخطىء ، ولكن هذا لا يهم ذلك أنه بالنقض لا يبحث عن خطأ منسوب الى القاضى وانما عن مخالفة موضوعية للقانون •

(جـ) لايهم ما اذا كان الطاعن قد طالب بتطبيق القاعدة القانونية أمام القاضى الذى أصدر الحكم المطعون فيه (٢) • بل لا يهم أن يكون الطاعن قد طالب بعدم تطبيقها ، فيمكن التمسك بمخالفة القاعدة القانونية ولو كانت المخالفة تتفق مع تفسير الخصم لهذه القاعدة • ذلك أن الفرض هو علم القاضى بالقانون ووجوب تطبيقه له من تلقاء نفسه بصرف النظر عن اشارات الخصوم بشأنه (٣) •

(د) لا يكفى لنقض الحكم أن توجد مخالفة للقانون ، بل يجب أن توجد رابطة سببية بين المخالفة وبين قرار المحكمة فى القضية بأن تكون المخالفة مؤثرة فى هذا القرار • ولهذا فانه اذا كان قرار المحكمة موافقا للقانون ، ولكن الأسباب القانونية التى يستند اليها القرار مخالفة أو قاصرة ، فان هذا لا يكفى لنقض الحكم (٤) • وتكتفى محكمة النقض

---

(١) دونوفريو : جزء أول بند ٧٢٨ ص ٦٣١ . وقارن : كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٤ .

(٢) نقض مدنى ١١ ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٢٤٣— ٢١٦ . و ٢٠ فبراير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٢٥٤ — ٤٥ .

(٣) زانزوكى : جزء ثان ص ٧٢٦ . كيوفندا : الاشارة السابقة .

(٤) نقض مدنى ١٢ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٨٨٥ — ١٥٦ . واول فبراير ١٩٧٣ مجموعة النقض ٢٤ — ١٣٥ — ٢٦ . و ٢٦ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٣٣٧ — ٥٥ . و ٢٠ يناير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٨ — ١٤ . وانظر ما يلى بند ٤٠٢ . كما لا يكفى لنقض الحكم مجرد وجود تقريرات قانونية فى الحكم مخالفة للقانون (نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٢٠١ — ٣١) .

بتكملة الاسباب أو تصحيحها دون مساس بالقرار (١) كذلك لا يؤثر الخطأ فى تكييف الوقائع اذا لم يكن من شأنه التأثير فيما قضى به الحكم(٢) ويكون لمحكمة النقض ـ دون نقض الحكم ـ أن تعطى الوقائع الثابتة تكييفها القانونى الصحيح ما دامت لا تعتمد على غير ما حصلت محكمة الموضوع منها (٣) . وأخيرا ، فان من المقرر أن الاخطاء المادية البحتة التى لا تؤثر فى كيان الحكم لا تصلح بذاتها سببا للطعن بالنقض (٤) .

٣٨٤ ـ القانون والوقائع : على أنه ليس سببا للنقض ، ما يشوب الحكم من عيــوب تتعلق بتقرير الواقع Giudizio di Fatto أى التقرير الذى به يرى قاضى الموضوع أن واقعة ما حدثت أو لم تحدث . ويشمل هذا كل بحث حول وجود أو عدم وجود الظروف المتعلقة برابطة قانونية معينة . ومثاله فى دعوى مسئولية تقرير أن ضررا قد حدث وأن سببه هو

---

(١) نقض مدنى ١٠/١/١٩٧٩ فى الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ ق . ٢٢ يناير ١٩٧٩ ـ الطعنان رقما ٦٠٢ و ٦٤٨ لسنة ٤٧ ق . ونقض ايجارات ٢٠/٢/١٩٨٠ فى الطعن رقم ٦٤٢ لسنة ٤٦ ق . (لا يعيب الحكم عدم افصاحه عن الاساس القانونى لما قضى به أو عدم مناقشته لاسباب المخالفة التى بنى عليها الحكم المستأنف الذى ألغاه طالما صدر قضاؤه موافقا لحكم القانون) . وانظـر ايضا نقض مدنى ٢٤ أبريل ١٩٨٠ ـ فى الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق . و ٢٦ فبراير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٤٢٨ ـ ٧٠ و ٢٨ ديسمبر ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١٥٠٢ ـ ٢٥٤ . وتنص على هذه السلطة للمحكمة صراحة المادة ٣٨٤/٢ ايطالى . (زانزاكى : الاشارة السابقة) ، ويمكن تقريرها دون نص . وعلى هذا يجـرى القضـاء الفرنسى : موريـل ٦٦٠ ص ٥١٠) على أنه يجب الا تستعمـل محكمـة النقض هذه السـلطة لتصـل منهـا الى تطبيق للقانون مستقل عن تطبيق الحكم المطعون فيه . فمحكمة النقض تستطيع أن تغير الأسباب أو تكملها ولكن ليس لها أن تضع حلا للمشكلة القانونية على نحو مخالف للحل الذى أعتمده الحكم المطعون فيه ، ولو كانت لم تمس مضمون الحكم . (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٥ ـ ٥٩٦) .

(٢) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٣٤٢ ـ ٦٠ . و ٣٠ مايو ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ١١٥٧ ـ ٧١١ .

(٣) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٧٠٤ ـ ٣١٨ . وانظر ما سبق بند ٣٣٩ .

(٤) نقض مدنى فى ١٧/١/١٩٧٩ ـ الطعنان رقما ١١ و ٣٢ لسنة ٤٦ ق .

السبب المدعى به (١) ، وتقدير التعويض المستحق (٢) ، وتقرير علم المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه فى تاريخ معين (٣) • كما يعتبر من مسائل الواقع ما يتعلق بتقدير حالة العته فى المتعاقد ، وتعرف حسن النية لدى المتصرف اليه من المحجور عليه أو سوء نيته (٤) • وثبوت واقعة الغلط أو استخلاص عناصر التدليس وثبوته أو عدم ثبوته (٥) • وتقدير وسائل الاكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد (٦) • ويعتبر من مسائل الواقع أيضا ، تقدير المستندات والادلة المقدمة من الخصوم والترجيح بينها

---

(١) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٦ - ٥٩٧ . كوستا : بند ٢٥٣ ص ٤٠٩ . ولهذا فان مسألة قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع . (نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ١٥١٩ - ٢٥٧ . و ٢٠ مايو ١٩٦٥ - مجموعة النقض ١٦ - ٦١٤ - ٩٩) .

(٢) نقض مدنى ٣١ يناير ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٧١٠ لسنة ٤٨ ق و ٢٦ مايو ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ١٠٧٨ - ٢٠٦ و ٢٤ أبريل ١٩٦٣-مجموعة النقض١٤ - ٥٦٥ - ٨١ . مادام قاضى الموضوع قد بين عناصر التعويض واوجه احقية طالب التعويض) . وذلك الا اذا كان التعويض مقدرا فى القانون ، فيخرج تقديره عندئذ عن سلطة قاضى الموضوع. (نقض مدنى ٢١ فبراير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥-٣٨٩-٦٤). ويلاحظ أن تعيين عناصر التعويض التى يجب أن تدخل فى حساب التعويض مسألة قانونية (نقض عمال ١٩٨١/١٢/٢٨ فى الطعن ٦٢٣ لسنة ٤٢ ق . ومدنى ٢٧ مارس ١٩٧٩ - فى الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٤٥ ق و ٢٦ مايو ١٩٧٥ - مشار اليه) . كما أن تقدير التعويض يخضع لرقابة النقض اذا أوجب القانون أو العقد اتباع معايير معينة فى تقديره (نقض مدنى ١٢ مارس ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ٥٦٨ - ١١٥) .

(٣) نقض مدنى ٥ نوفمبر ١٩٦٤ - مجموعة النقض ١٥ - ١٠٧٧ - ١٥٠ .

(٤) نقض مدنى أول يناير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٩٢ - ١٨ .

(٥) نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٣٩٦ - ٧٠ .

(٦) نقض مدنى ٢٧ فبراير ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٣٣٦ - ٥٩ و ٢ يناير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٢٠٨ - ٣٦ .

واستخلاص ثبوت الواقعة منها ومدى كفايتها لثبوت هذه الواقعة (١) • وكذلك بيان المقصود من العبارات الواردة فى مذكرة مقدمة من أحدالخصوم أمام محكمة الموضوع (٢) • وعلة قصر سلطة محكمة النقض على القانون دون الواقع هو خطورة الخطأ فى القانون اذ بسبب ما للاحكام القضائية من قوة يمكن لهذا الخطأ أن ينتقل من حكم الى آخر • وهو احتمال لايقوم بالنسبة للخطأ فى الواقع الذى يقتصر ضرره على القضية التى صدر فيها الحكم (٣) •

على أنه ليس معنى هذا أن يخرج من رقابة محكمة النقض كل ما يتصل بالوقائع ؛ فمن المقرر أنه يخضع للنقض :

(أ) التكييف القانونى للواقعة • أى تحديد وصف واقعة لبيان ما اذا كانت تخضع لقاعدة قانونية معينة أم لا • فهذا التكييف يعتبر مسألة قانونية (٤) • ولهذا لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع فى وصفها للفعل أو للترك بأنه خطأ يستوجب المسئولية المدنية أو أنه غير خطأ (٥) . وفى تقديرها كون الاعمال التى وقع بها الاكراه مشروعة أم غيرمشروعة(٦)

---

(١) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٧٥ - مجموعة النقض ٢٦ - ٦١٠ - ١٢٢ . و ٢٢ يناير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٢١٦ - ٣٧ . و ٣١ يناير ١٩٧٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٢٥٩ - ٤٥ . و ٢٢ مارس ١٩٧٣ - مجموعة النقض ٢٤ - ٤٦٣ - ٨٣ . و ١٧ فبراير ١٩٧٣ - مجموعةالنقض ٢٤ - ٢٦٥ - ٤٧ . وانظر ما سبق بند ٢٩٢ .

(٢) نقض مدنى ١٩٨٣/٣/٢٤ فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق .

(٣) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٧٤ .

(٤) كيوفندا : الاشارة السابقة . زانزوكى : جزء ثان ص ٢٧٨ . موريل : بند ٦٦٧ ص ٥١٤ . نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٧٠ - فى الطعن رقم ٥١٦ لسنة ٣٥ ق . و ٢٠ مايو١٩٦٥ - مجموعة النقض ١٦ - ٦٠٢ - ٩٨ . و ٩ مارس ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣ - ٣٧٦ - ٥٩ (لمحكمة النقض مراقبة تكييف محكمة الموضوع للعقد الذى قصده العاقدان) .

(٥) نقض مدنى ٣ يوليو ١٩٦٩ - مجموعة النقض ٢٠ - ١٠٩٤ - ١٦٩ . و ٢١فبراير ١٩٧١ - مجموعة النقض ٢٢ - ١٠٦٢ - ١٧٩ .

(٦) نقض مدنى ٢ يناير ١٩٦٤ - مجموعة النقض ٢٥ - ٢٠٨ - ٣٦ .

وفى اعطاء الدعوى المرفوعة ــ بالنظر الى وقائعها ــ وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح (١) .

(ب) كل تقدير للواقعة من قاضى الموضوع يستند الى قواعد الخبرة العامة . وبعبارة أخرى ، كل تقدير للواقعة يستند الى ملاحظة ما يحدث عادة ويمكن أن يتم من أى شخص عاقل ذى ثقافة متوسطة . فتطبيق القاعدة القانونية يفترض مجموعة من هذه التقديرات العامة ، فاذا جاء التقدير مخالفا المنطق العادى للشخص العادى ، فانه يخضع لرقابة النقض (٢) . ونتيجة لهذا يخضع للنقض : تقدير القاضى بأن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب أو غير مخالفة لها . تقديره بأن واقعة معينة تعتبر مستحيلة أم غير مستحيلة . كل استخلاص من الواقعة لنتائج لا تتفق مع قواعد الخبرة العادية . كل تقدير لواقعة يعتبر فى ذاته ، بصرف النظر عن ظروف القضية ، غير منطقى أو متناقض أو غير كامل . وفى هذه الحالات الذى يقبل النقض ليس تأكيد الواقعة ، وليست مخالفة قاعدة الخبرة العامة ، ولكن استخدام هذه القاعدة على نحو خاطىء فى تفسير القاعدة القانونية . فالامر يتعلق اذن بكيفية تطبيق القانون أو تأويله (٣) وليس ــ كما قد يظن ــ بتسبيب الحكم (٤) .

واذا طبقنا ما تقدم على تفسير تصرف قانونى بواسطة قاضى الموضوع ، فانه يمكن القول أن هذا التفسير اذا استند الى الظروف المتعلقة بالتصرف

---

(١) اذا كيف الحكم المطعون فيه واقعة الدعوى واصفا الدعوى بأنها دعوى استحقاق فى حين انها دعوى طرد الغاصب للمنزل وتسليمه لصاحب الحيازة القانونية له ، فانه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٢ ابريل ١٩٨٠ ــ فى الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٦ ق) .

(٢) ساتا : بند ١٧٦ ص ٢٧٣ . زانزوكى : جزء ثان ص ٢٧٧ . كيوفندا : الاشارة السابقة .

(٣) كوستا : بند ٣٥٣ ص ٤٠٩ .

(٤) ذلك ان عيوب التسبيب هى عيوب فى الاجراء ، اى عيوب فى الحكم كعمل قانونى . فى حين ان الأمر يتعلق بعيب فى تقدير الواقعة الذى يعتبر اساسا لتطبيق القانون . وبعبارة اخرى ، يوجد هنا تطبيق للقانون على واقعة لم تتأكد على النحو الصحيح . (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٥٩٨ . ساتا : الاشارة السابقة) .

المعين (١) ، كما لو قدر القاضى أن اعلان الارادة فى هذه الظروف قد حدث أو لم يحدث (٢) ، أو أن هذا الاعلان له معنى دون آخر (٣) ، فانه لا يخضع لرقابة النقض . وعلى العكس فان تفسير القاضى يخضع للنقض اذا كان نتيجة مخالفة أو خطأ فى تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالتفسير ، كما لو فسر شروط العقد على نحو لا تحتمله عباراته أو خرج على المعنى الظاهر لها (٤) دون بيان الظروف التى تجعله يرجح أن هذا المعنى هو الذى أراده المتعاقدان (٥) ، أو اعتد بما تفيده عبارة معينة فى المحرر دون أن يأخذ بما تفيده العبارات بأكملها وفى مجموعها (٦) أو مخالفة القواعد القانونيةالمتعلقة بتأكيد وجود الروابط القانونية أى قواعد الاثبات ، أو اذا استند فى تقريره للواقعة الى قاعدة خبرة عامة لا تتفق مع المنطق العادى للأشخاص (٧) .

٣٨٥ ـ مخالفة القانون الاجرائى : ينصرف اصطلاح « القانون » الذى تنص المادة ٢٤٨/١ على أن مخالفته تعتبر سببا للطعن بالنقض ليس فقط الى القانون الموضوعى ، وانما أيضا الى القانون الاجرائى(٨).

---

(١) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ٢١٥ ـ ٣٥ .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ١٢٧ ـ ١٩ .

(٣) نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٧٠ ـ فى الطعن رقم ٥١٦ لسنة ٣٥ ق . و ٢١ يونيو ١٩٦٢ ـ مجموعة النقض ١٣ ـ ٨٢٤ ـ ١٢٣ (استخلاص ان نية المورث انصرفت الى الايصاء لا الى البيع) .

(٤) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٦٢١ ـ ١٢٣ . ٢٦ مارس ١٩٧٠ ـ مجموعة النقض ٢١ ـ ٥١٣ ـ ٨٣ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ٤٦١ ـ ٧٠ .

(٦) نقض مدنى ٧ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٨٠٨ ـ ١٣٣ .

(٧) ساتا : بند ٢٧٦ ص ٣٧٣ .

(٨) انظر من هذا الرأى :

Fazzalari (Elio) : Ilgiudizio civile di cassazione, Milano 1960 p. 63.

نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١٢٠٦ ـ ٩ . و ١٢ فبراير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٣٣١ ـ ٥٤ .

وذلك مع ملاحظة أن المصدر الوحيد للقانون الاجرائى هو ـ كما قدمنا ـ التشريع • ويلاحظ أن مخالفة القانون الاجرائى أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله لا يتعلق بخطأ فى الاجراء ، بل بخطأ فى التقدير • ذلك أن التفرقة بين الخطأ فى التقدير والخطأ فى الاجراء لا تقوم على أساس التفرقة بين الخطأ فى تطبيق القانون الموضوعى والخطأ فى تطبيق القانون الاجرائى • فالقاضى وهو يطبق القانون الاجرائى بالنسبة لمسألة اجرائية فى الخصومة قد يخطىء فى تحديد القانون الذى يحكم هذه المسألة أو فى تفسير هذا القانون فيرتكب خطأ فى التقدير رغم أن الامر يتعلق بقانون اجرائى • فاذا قام القاضى باجراء معين نتيجة لهذا التقدير الخاطىء ، فانه يرتكب عندئذ خطأ فى التقدير وخطأ فى الاجراء (١) ونتيجة لما تقدم تعتبر سببا للطعن بالنقض باعتبارها مخالفة للقانون الاجرائى ، وفقا للمادة ١/٢٤٨ :

(أ) مخالفة قواعد الولاية أو الاختصاص اذا لم تؤد الى حكم فى الموضوع (٢) • وهو ما يحدث اذا قضت محكمة غير ذات ولاية أو اختصاص بانتفاء ولايتها أو بعدم اختصاصها دون احالة على خلاف القانون •

(ب) مخالفة القواعد القانونية المتعلقة بالاثبات (٣) ، كما لو خالف القاضى القاعدة التى تحدد من عليه عبء الاثبات أو القواعد التى تحدد قوة كل دليل أو تبين كيفية تقديم الدليل أو تحقيقه (٤) •

(ج) مخالفة أية قاعدة اجرائية أخرى تلتزم المحكمة باحترامها • كما لو خالفت المحكمة المدنية قاعدة وجوب وقف الدعوى المدنية نتيجة

---

(١) كلمندريه : النقض جزء ثان بند ٨٠ ص ١٨٤ . بلا سار : رسالة ص ٢٧ •

(٢) أما اذا ادت الى حكم فى الموضوع ، فالحكم يكون باطلا لصدوره من محكمة غير ذات ولاية أو اختصاص ، ويقبل الطعن بالنقض لهذا السبب .

(٣) فازلارى :مشار اليه ص ٦٦ .

(٤) العشماوى : جزء ثان بند ١٣٦٩ ـ ص ٩٩٢ . وانظر تطبيقا فى نقض مدنى ١٩٨٠/٣/١٢ ـ فى الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٤٧ ق •

لرفع الدعوى الجنائية (١) . على أنه لأن القانون ينص فى المادة ٢٤٨ على البطلان كسبب مستقل للطعن ، فلا تعتبر مخالفه القانون الاجرائى المنظم لمقتضيات العمل الاجرائى سببا للطعن بالنقض الا اذا كانت المخالفة مؤدية الى بطلان العمل (٢) . ومن ناحية أخرى ، فان مخالفة القانون الاجرائى الذى ينظم القانون طريقا لعلاجها غير الطعن فى الحكم لاتصلح سببا للنقض . ولهذا من المقرر أن الخطأ المادى البحت الواقع فى منطوق الحكم لا يعتبر سببا للطعن بالنقض اذ سبيل اصلاحه هو الرجوع الى المحكمة لتى أصدرت الحكم لتصحيحه (٣) . كما لا يعتبر سببا للنقض اغفال الحكم الفصل فى أحد الطلبات اذ علاجه هو الرجوع الى محكمة الموضوع لنظر هذا الطلب والحكم فيه (٤) . أما قضاء المحكمة بما لم يطلبه الخصوم ، فانه وان كان سببا لالتماس اعادة النظر الا أنه يمكن الطعن فى هذا القضاء بالنقض فى صورتين : (أ) اذا كان الحكم قد قضى بذلك عن بينة وادراك (٥) . (ب) اذا كان الحكم لم يشتمل على الاسباب التى بنى عليها قضاءه ، اذ يطعن فيه عندئذ للقصور فى التسبيب (٦) .

٣٨٦ — **ثانيا — بطلان الحكم** : وفقا للمادة ١٤٨ ، للخصوم الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف « اذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم » . وفى الفرضين ، يعتبر سبب الطعن هو بطلان الحكم ، وليس بطلان الاجراءات السابقة عليه ، فمحل

---

(١) نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٧٣ — مشار اليه .

(٢) فازلارى : مشار اليه ص ٦٤ . زانزوكى : جزء ثان ص ٢٧٦ .

(٣) نقض مدنى ١٩٨١/١/٢٨ فى الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٨ ق . ١٧ — ١ — ١٩٧٩ — الطعنان رقما ١١ و ٣٢ لسنة ٤٦ ق . و ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ١٤٤٠ — ٢١٩ .

(٤) نقض مدنى ٢٧ ابريل ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٨٩٦ — ١٣٧ .

(٥) نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٥٧٠ — ٩٢ و ٩ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٣٤٢ — ١٨٥ . وانظر ماسبق ص ٨٢٦ حاشية ٢ .

(٦) نقض مدنى ١٨ فبراير ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٢٠١ — ٣٢ .

الطعن هو الحكم وليس هذه الاجراءات (١) (٢) . وانما قد يرجع بطلان الحكم الى عيب ذاتى أو الى عيب فى الاجراءات السابقة عليه (٣) .

(أ) أما العيب الذاتى فقد يتعلق بالحكم كنشاط . مثلا اذا لم تسمع المحكمة النيابة العامة حيث يجب سماعها أو اذا صدر الحكم عن هيئة خولف القانون بشأن تكوينها(٤) أو من قاض لا تتوافر فيه الصلاحية لاصدار الحكم(٥) وقد يتعلق بالحكم كورقة مكتوبة مثلا عدم توقيع القاضى الذى أصدر الحكم عليه أو عدم بيان أسباب الحكم أو القصور فى هذه الاسباب (٦) . وقد يتعلق بالحكم كقرار يمنح الحماية مثلا اذا تضمن الحكم قرارا غير مفهوم أو غير محدد .

(ب) أما العيب فى الاجراءات السابقة فقد يكون عيبا موضوعيا مثل ما يتعلق باهلية الخصوم أو تمثيلهم فى الخصومة ، وقد يكون عيبا شكليا مثل عدم اشتمال صحيفة الدعوى أو صحيفة الاستئناف على البيانات التى يجب توافرها .

وأهمية التفرقة بين النوعين : ان البطلان لعيب ذاتى فى الحكم يمكن التمسك به بطريق النقض سواء تعلق بالمصلحة العامة أم بالمصلحة

---

(١) ويلاحظ ان المقصود بعبارة « أثر فى الحكم » هو انه ادى الى بطلان الحكم ، فلا يكفى الاثر الذى يترتب على عمل سابق فى تكوين التقدير الذى يتضمنه الحكم .

(٢) كوستا : بند ٣٥٤ ص ٤١٢ ، ولهذا فان بطلان هذه الاجراءات لا يكون سببا للطعن بالنقض الا اذا كان قد ادى الى بطلان الحكم . (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٤٧ — ١٠) .

(٣) انظر كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٦٠٠ — ٦٠١ . كوستا: بند ٣٥٤ ص ٤١١ — ٤١٢ . زانزوكى : جزء ثان ص ٨٨١ .

(٤) نقض مدنى ١٨ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٥٩ — ١٤٩ (بشان بطلان حكم محكمة الاستئناف الذى صدر من اربعة مستشارين وقد ابان حكم النقض انه لا يغير من هذا البطلان ما ورد فى ذيل الحكم من أن أحد المستشارين ممن سمعوا المرافعة لم يشترك فى المداولة ولم يوقع على مسودة الحكم ، مادام الحكم قد تضمن فى ديباجته أسماء المستشارين الاربعة كما ذكر فى نهايته ان هؤلاء الاربعة هم الذين أصدروه) .

(٥) نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٨٥ — الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٠ ق .

(٦) انظر فيما يتعلق بعيوب تسبيب الحكم ما سبق بند ٣٣٩ .

الخاصة . أما بطلان الحكم تأثرا ببطلان الاجراءات السابقة ، فيجب لمعرفة ما اذا كان التمسك به كسبب للنقض التفرقة بين فرضين :

١ — أن يكون هذا البطلان قد سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ، ولكن هذه المحكمة رفضته . فى هذه الحالة يمكن التمسك بالبطلان من جديد أمام محكمة النقض ، الا اذا كان الطاعن قد قبل الحكم (١) .

٢ — ألا يكون هذا البطلان قد سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع. وعندئذ لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض الا اذا توافر شرطان : الأول : ألا يكون البطلان قد صحح بأى سبب من أسباب التصحيح (٢) . الثانى : أن يكون البطلان متعلقا بالنظام العام (٣) . فالبطلان المتعلق بالمصلحة الخاصة والذى يتعلق بعمل اجرائى سابق على الحكم المطعون فيه لايمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، اذ لا يجوز اثارة أسباب أو وسائل جديدة لأول مرة أمام محكمة النقض الا ما يتعلق منها بالنظام العام (٤) . وذلك كله وفقا لما سيلى بيانه من

---

(١) جابيو : بند ١١٤٣ ص ٧٣٣ .

(٢) كيوفندا : مبادىء ص ١٠٣١ — ١٠٣٢ .

(٣) انظر تطبيقا فى : نقض ايجارات ٣٠ يناير ١٩٨٥ — فى الطعن رقم ١٦٣٧ لسنة ٥٤ ق . (الحكم الذى يصدر استنادا الى محضر تحقيق لم يوقع من القاضى الذى باشره يكون مبنيا على اجراء باطل ، وهو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به فى اية حالة تكون عليها الدعوى ولو لاول مرة امام محكمة النقض .

(٤) انظر : موريل بند ٦٦٦ ص ٥١٣ . جابيو : بند ١١٤٣ ص ٧٣٤ . كيوفندا : الاشارة السابقة . جارسونيه : جزء ثان بند ٥٦ص١٠٥ . ولهذا حكم بانه لا يجوز التمسك ببطلان اعلان صحيفة الاستئناف لاول مرة امام محكمة النقض الا ان يكون الطاعن قد تخلف عن حضور جميع الجلسات امام محكمة الاستئناف فتعذر عليه التمسك بهذا البطلان امامها — (نقض ١٤ يناير ١٩٨٢ — الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٤٧ ق . وانظر بالنسبةلبطلان اعادة اعلانالاستئناف:نقض مدنى ٢٩نوفمبر ١٩٧٣—مجموعة النقض ٢٤ — ١١٩٤ — ٢٠٤ . وتخلف المستأنف عليه يوجب على المحكمة القضاء البطلان من تلقاء نفسها تطبيقا للمادة ٨٥ — فهو أمر يتعلق عندئذ بالنظام العام يمكن التمسك به امام محكمة النقض) . كما حكم بانه لا يجوز التمسك لاول مرة امام محكمة النقض بانعدام صفة من اختصم فى =

قواعد بشأن نطاق قضية النقض . وبصفة خاصة ما يتعلق بعدم جواز اثارة مسألة جديدة يخالطها واقع ولو تعلقت بالنظام العام .

ويلاحظ أنه — كما هو الحال بالنسبة لأسباب النقض الأخرى — لا يجوز التمسك بالبطلان الا اذا كان يتعلق بحكم ثانى درجة فهو محل الطعن بالنقض . فاذا فرض وكان حكم أول درجة باطلا ، واستندت اليه محكمة ثانى درجة رغم بطلانه ، فان الحكم محل الطعن يكون أيضا فى هذه الحالة هو حكم ثانى درجة (١) .

٣٨٧ — ثانيا : الفصل فى نزاع على خلاف حكم سابق حائز لقوة الامر المقضى : ويعتبر هذا خطأ فى الاجراء على أساس أن المحكمة ليس لها ولاية الفصل فى نزاع سبق الفصل فيه ، اذ يترتب على صدور الحكم السابق انكار سلطة أية محكمة بعد ذلك فى اعادة نظر النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم (٢) . وقد كان مقتضى هذا امكان التمسك بهذا العيب ولو لم يكن الحكم الثانى متناقضا مع الحكم الاول ، ولكن مبدا

= الدعوى ممثلا للمدعى عليه لعدم تعلقه بالنظام العام (نقض مدنى ١٩٧٩/١/١٠ فى الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٤٥ ق) و ١٩٧٩/١/٢٤ فى الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٤ ق) . واذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع ببطلان اعلان أمر الاداء لتسليم صورته لجهة الادارة بعد مضى الميعاد القانونى فلا يقبل منه التمسك بذلك أمام محكمة النقض . (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٣٢ — ٢) . كما لا يقبل التمسك لاول مرة أمام محكمة النقض ببطلان عمل الخبير (نقض مدنى ٧ أبريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٨٣٤ — ١١٣) ولو كان راجعا الى عيب موضوعى هو خروج الخبير عن المأمورية التى حددتها المحكمة (نقض مدنى ٢٩ ابريل ١٩٥٦ — مجموعة النقض ١٦ — ٥٢٧) وأنظر أحكام القضاء المصرى والفرنسى المشار اليها فى : نظرية البطلان — للمؤلف — ص ٦١ حاشية ١ و ٢ .

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى : النقض بند ١٨٣ ص ٤١٨ . وانظر : نقض مدنى ٥ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٨٥ — ٤٨ .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٤ ص ٦٠٣ . وفى رأى البعض انه صورة من صور الخطأ فى التقدير . (ساتا : بند ٢٧٦ ص ٣٧٤ . وقارن نقض عمال ١٩٨١/١٢/٢٦ فى الطعن رقم ١١٠ لسنة ٤٢ ق . ويرى انه يندرج ضمن مخالفة القانون باعتباره مخالفة للقاعدة القانونية المنصوص عليها فى المادة ١٠١ من قانون الاثبات) .

الاقتصاد فى الاجـراءات يقتضى عدم قبـول الطعن الا حيث يتنـاقض الحكمان ، اذ لا مصلحة للطاعن فى الغاء الحكم الثانى اذا لم يكن متعارضا مع الأول • ويرد الطعن بالنقض على الحكم الأحداث فى التـاريخ على أساس صدوره مناقضا للحكم الأول • ويفترض هذا السبب للطعن بالنقض ما يأتى :

١ ـ حكم أول حائز لقوة الامر المقضى (١) • أى غير قابل للطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف • وينظـر الى وصف هذا الحكم عند صدور الحكم الثانى • فلا ينظر الى وقت صدور الحكم الأول ولهذا فانه لا يشترط أن يكون الحكم الاول قد صدر حائزا لهذه القـوة ، فيكفى أن يصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن العادية أو بقبول الحكم من المحكوم عليه • كذلك فانه اذا كان الحكم الأول هو من الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع التى لا تقبل الطعن فيها على استقلال وانما تعتبر مستأنفة مع الحكم الصادر فى الموضوع ، فلا يوجد مايمنع محكمة الاستئناف من مخالفة هذا الحكم الذى لم يحـز قوة الامر المقضى ويعتبر مطروحا عليها مع استئناف الحكم فى الموضوع (٢) • ومن ناحية أخرى ، فانه لا ينظر الى وقت رفع الدعوى التى صدر فيها الحكم الثانى بل الى وقت صدور هذا الحكم (٣) •

ولا يهم أن يكون الحكم الأول صحيحا أو عادلا • فيجوز الطعن فى الحكم الثانى الذى يناقضه ولو كان الحكم الأول قد خالف القانون

---

(١) ولا يعتبر كذلك قرار القسمة الصادر من هيئة التصرفات فى حدود سلطتها الولائية ولهذا فانه لا يجوز الطعن بالنقض للتناقض فيمـا يصدر بعده من أحكام بالاستحقاق على خلاف ما قرره عند تحديد الانصبة فى القسمة (نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ ـ مجموعة النقض ١٥ ـ ١١٦١ـ ١٦٩) •

(٢) نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٦٦١ ـ ١٢٠ •

(٣) نقض ايجارات ٢ ديسمبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٨٩٣ لسنة ٥٠ق.

أو خالف قاعدة من قواعد النظام العام اذ قوة الأمر المقضى تسمو على قواعد النظام العام (١) •

٢ ــ حكم ثان حائز لقوة الأمر المقضى • ويجب أن يكون هذا الحكم قد صدر انتهائيا ، فاذا صدر قابلا للطعن فيه بالاستئناف وفوت المحكوم عليه ميعاد الطعن أو قبل الحكم فليس له الطعن فى هذا الحكم بالنقض وفقا لهذه الحالة (٢) • ويقبل هذا الحكم الطعن فيه أيا كانت المحكمة التى أصدرته ، ولو كانت محكمة جزئية أو ابتدائية ــ كمحكمة أول درجة أو محكمة استئنافية ــ أو محكمة استئناف • وسواء كانت هى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم الاول أو محكمة أخرى (٣) • ولا يشترط لقبول الطعن أن يكون الطاعن قد دفع أمام هذه المحكمة بحجية الحكم السابق (٤) ، أو باستنفاد ولاية المحكمة •

على أنه يلاحظ أن اجازة الطعن فى الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى لصدوره على خلاف حكم سابق حائز لقوة الأمر المقضى لا يعتبر استثناء على المادة ٢١٢ مرافعات ، ولهذا فان الطعن فى الحكم هنا أيضا لا يجوز الا اذا كان الحكم منهيا للخصومة كلها وذلك فيما عدا ما نصت عليه المادة من استثناءات (٥) •

٣ ــ ألا تكون للمحكمة التى أصدرت الحكم الثانى سلطة اصداره • ويتحقق هذا فى فرضين : (أ) أن يكون الحكم الاول قد صدر فاصلا فى دعوى وحاز حجية الامر المقضى ، ويصدر الحكم الثانى فى ذات

---

(١) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٧٣ ــ مجموعة النقض ٢٤ ــ ٤٠٤ ــ ٧١ . و ٢٧ مايو ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ٦٥١ ــ ١٠٤ .

(٢) نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٩ ــ مجموعة النقض ٢٠ ــ ٨٧١ ــ ١٢٩ .

(٣) نقض عمال ١٩٨٥/٢/٢٤ فى الطعن رقم ١٢٥٥ لسنة ٥٤ ق . هذا ولو كانت المحكمة الاخرى محكمة جنائية : نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٧ ــ مجموعة النقض ١٨ ــ ٦٣١ ــ ٩٩ .

(٤) نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٩ ــ مشار اليه .

(٥) نقض مدنى ٢٢ أبريل ١٩٧٥ ــ مجموعة النقض ٢٦ ــ ٨٠٨ ــ ١٥٨ .

الدعوى (١) . فمقتضى حجية الأمر المقضى عدم جواز نظر نفس الدعوى مرة أخرى . ويشترط عندئذ وحدة الخصوم (٢) والمحل (٣) والسبب(٤).

(ب) أن يكون الحكم الاول قد فصل فى مسألة عرضت أثنـاء الخصومة، سواء كانت مسألة موضوعية أو اجرائية ، بحيث استنفدت المحكمة ولايتها بشأنها . وعندئذ لأن استنفاد المحكمة لولايتها لا يكون الا داخل الخصومة التى صدر فيها الحكم ، فان هذا الحكم — اذ لم يفصل فى دعوى — لا تكون له حجية خارج الخصومة . ولهذا فان فصل المحكمة فى نفس المسألة على خلاف الحكم السابق لا يكون سببا للنقض ولو تعلق الامر بنفس الدعوى ، مادام الحكم الثانى قد صدر فى خصومة مختلفة . هـذا ولو كان الحكم الأول قد حاز قوة الامر المقضى ، وكان الحكم الثانى قد صدر انتهائيا (٥) .

---

(١) نقض مدنى ٢٢ أبريل ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٥٤٦ — ٨٥ (الحكم الوقتى لا يقيد محكمة الموضوع) .

(٢)نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٧١٩ — ١١١ .

(٣) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٧٩ — فى الطعنين رقمى ١١ و ٣١ لسنة ٤٦ ق . (الحكم الصادر فى طلب أجرة اضافية عن العين المؤجرة لا يصدر على خلاف حكم سابق بتحديد الاجرة القانونية للعين مادام الحكم السابق لم يتعرض لما اذا كان المؤجـر يستحق أجـرة اضافية ولم يكن هـذا الامر مثار نزاع بين الخصوم) . و ٢٣ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٦٢ — ١٦٧ (الحكم فى طلب مكافأة ادارة وعلاوة نوبتجية ونصيب فى الارباح وما يستحق فى صندوق الادخار ومقابل الانذار ونهاية الخدمة هو حكـم فى دعوى تختلف موضوعا عن طلب التعويض عن الفصل التعسفى) . و ٨ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٠٩٣ — ١٧١ (الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد بيع عقار لا يمنع من صدور حكم آخر بصحة ونفاذ عقد بيع آخر لنفس العقار) نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٤٨٨ — ٧٥ (دعوى صحة التوقيع تختلف موضوعا عن دعوى صحة ونفاذ العقد) .

(٤) نقض أحوال شخصية ١٩٨٤/٥/١٥ فى الطعـن رقم ٦ لسنة ٥٢ ق . و نقض مدنى ٢٨ ابريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٩٦٢ — ١٣٢ .

(٥) وذلك مع ملاحظة أن الاستئناف يعتبر مرحلة من نفس الخصومة مكملة لخصومة أول درجة . وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ مايو ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٦٥١ — ١٠٤) بانه اذا كان الحكم

=

٤ ـ تناقض بين الحكمين • أى أن يكون الحكم الثانى قد فصل فى نفس الدعوى أو نفس المسألة خلافا للحكم الاول أو لمقتضاه • وينظر الى منطوق كل من الحكمين• مع ملاحظةأن المنطوق قد يردفى الأسباب(١) ، وأن المنطوق قد يكون صريحا أو ضمنيا (٢) ، وأن التناقض قد يوجد لا بسبب وحدة الطلب الذى فصل فيه الحكمان على نحو مختلف وانما أيضا ـ رغم اختلاف الطلبين ـ اذا كانت المسألة الأساسية فيهما واحدة ، اذ أن القضاء يحوز قوة الأمر المقضى فى تلك المسألة الاساسية ويمنع الخصوم من التنازع فى شأن أى حق متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة أو انتفائها (٣) •

٣٨٨ ـ ميعاد الطعن بالنقض واجراءات رفعه : ميعاد الطعن بالنقض ستون يوما سواء فى ذلك الطعن فى المسائل المدنية والتجارية أو فى مسائل الأحوال الشخصية • ولا يستثنى من هذا الا الطعن بالنقض لمصلحة

= المطعون فيه قد قضى ببطلان الاستئناف المرفوع بعريضة لوجوب رفعه بتكليف بالحضور وذلك على خلاف حكم سابق فى استئناف آخر عن ذات الحكم المستأنف قضى نهائيا ببطلان الاستئناف لوجوب رفعه بعريضة تودع قلم الكتاب وكان الحكم الاستئنافى الاول نهائيا ، فانه يجوز الطعن فى الحكم الثانى الذى ناقض الحكم الاول . (وأنظر نفس المسألة فى صورة عكسية : نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٤٠٤ ـ ٧١)

(١) نقض مدنى ٢١ ديسمبر ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١٤٨٢ ـ ٢٥١ . و٢٦ فبراير ١٩٧٠ ـ مجموعة النقض ٢١ ـ ٣٩٤ ـ ٥٩ .

(٢) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٩٦٦ ـ ١٤٥ .

(٣) نقض عمال ١٩٨٥/٢/٢٤ فى الطعن ١٢٥٥ لسنة ٥٤ ق و ١٩٨١/١٢/٢٦ فى الطعن ١١٠ لسنة ٤٢ ق نقض مدنى أول ديسمبر ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ١١٩٨ ـ ٢٠٨ و ٢ مارس ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٤٥٩ ـ ٧٤ . و ٧ مارس ١٩٦٣ ـ مجموعة النقض ١٤ ـ ٢٨٨ ـ ٤٣ (صدر الحكم الاول فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع على أساس أن المشترى قد أوفى الثمن ردا على دفع بعدم الوفاء . وصدر الحكم الثانى فى دعوى فسخ نفس العقد على أساس أن الثمن لم يدفع). و ١٧ فبراير ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١٨٣ ـ ٢٩ . (صدر الحكم الاول بصحة ونفاذ عقد ، مما يجعل للمحكوم له الحق فى ثمار المبيع من وقت البيع وفقا للمادة ٢/٤٥٨ مدنى . وصدر الحكم الثانى ملزما اياه برد الثمار بوصفه غاصبا) . وأنظر ما سبق بند ٨٦ .

القانون من النائب العام فهو لا يتقيد بميعاد (مادة ٢٥٢) • ويخضع ميعاد الطعن بالنقض من حيث بدئه وحسابه ووقفه وجزاء انقضائه لما سبق ذكره فى القواعد العامة للطعن (١) • ويضاف اليه ميعاد مسافة محسوبا بين موطن الطاعن ومقر محكمة النقض بالقاهرة اذا اختار ايداع صحيفة الطعن بقلم كتاب محكمة النقض (٢) • وقد حكم بأنه ينظر فى ذلك الى الموطن الثابت للطاعن فى الحكم المطعون فيه ، ولو ثبت من اعلان الطعن أن الطاعن يقيم فى مدينة أخرى قريبة للقاهرة ، اذ يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن (٣) •

وتنظم المواد ٢٥٣ وما بعدها اجراءات رفع الطعن بالنقض • ويخضع لها الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية والتجارية دون تلك الصادرة فى مواد الاحوال الشخصية (٤) • ووفقا للمادة ٢٥٣ يرفع الطعن بايداع صحيفة قلم كتاب محكمة النقض أو قلم كتاب المحكمة التى أصدرت

---

(١) ما سبق بند ٣٥٤ .

(٢) نقض ايجارات ١٧ ديسمبر ١٩٨٤ فى الطعن ١٠٤٨ لسنة ٤٩ ق . ونقض مدنى ٢٠ أبريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٥٠ق. و١٩٧٩/٤/٢٥ فى الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٤٦ ق . و ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٦٩ — ١٩٥ . و ١٣ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١١٠٩ — ١٧٥ .

(٣) نقض مدنى ٨ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٠٠٩ — ١٦٩ .

(٤) فهذه يطعن فيها بالنقض وفقا للاجراءات المقررة فى المادتين ٨٨١ و ٨٨٢ من قانون المرافعات ١٩٤٩ (مادة ٣ قانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥). نقض مدنى ٨ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٨٥ — ٩٢٠ و ٣٠ ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٨٦٠ — ١٦٨ — فيما عدا الفقرة الاولى من المادة ٨٨١ الخاصة بميعاد الطعن والتى ألغيت بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٧ . وذلك مع ملاحظة خضوع هذا الطعن للقواعد العامة المقررة فى قانون المرافعات الحالى للطعن فى الاحكام بالنسبة لما لم ترد بشأنه أحكام خاصة فى هاتين المادتين . ولهذا حكم بأنه لما كانت المادة ٨٨١ تحيل الى المادة ٤٣٢ مرافعات قديم فى خصوص الاوراق التى يتعين ايداعها مع التقرير بالطعن بالنقض قد الغيت وحلت محلها المادة ٢٥٥ مرافعات حالى، فيجب الرجوع الى هذه المادة وتعديلاتها . ولهذا فان الدفع ببطلان الطعن لعدم ايداع الطاعنين صورة رسمية من الحكم المطعون فيه ومن الحكم الابتدائى الذى أحال اليه فى أسبابه يكون على غير أساس (نقض أحوال شخصية ٢٩ ديسمبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٩ لسنة ٥١ ق).

الحكم المطعون فيه أيا كانت هذه المحكمة ولو كانت محكمة جزئية ، وعندئذ يقوم قلم كتاب هذه المحكمة بارسال الطعن الى قلم كتاب محكمة النقض (١) • ويجب أن تودع الصحيفة من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب (مادة ٢٥٥) • ويعتبر الطعن بالنقض مرفوعا بهذا الايداع • ويجب أن توقع الصحيفة من محام مقبول للمرافعة أمام محكمة النقض (٢) ، وأن يكون للمحامى صفة فى الوكالة بالخصومة بالنسبة لخصومة النقض أو على الأقل بالنسبة لرفع الطعن بالنقض نيابة عن الطاعن (٣) • ولا يشترط لذلك أن يكون التوكيل صادرا مباشرة من الطاعن الى المحامى الذى رفع الطعن بالنقض ، وانما يكفى صدوره الى هذا المحامى من وكيل الطاعن مادامت هذه الوكالة تسمح

---

(١) وقد أريد بهذا النص التيسير على الطاعنين الذين يقيمون بعيدا عن القاهرة مقر محكمة النقض ، ولهذا فاننا كنا نفضل أن يقتصر النص على الاحكام الصادرة من غير محاكم القاهرة . (انظر نص المادة ٦٩ تنظيم قضاء لبنانى) .

(٢) والا كانت الصحيفة باطلة (نقض ايجارات ١٠ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٥٠ ق) و وفقا لقضاء محكمة النقض — عندما كان القانون ينص على وجوب رفع الطعن بالنقض بتقرير فى قلم الكتاب — يكفى التوقيع على أصل التقرير المقدم لقلم الكتاب ، ولا حاجة للتوقيع على الصورة المعلنة من التقرير أو أصلها ، شأنها فى ذلك شأن صور الاوراق الرسمية . (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٨٤٤ — ١٢١ و ١١ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٣٣٥ — ٥٧) . وقد حكم بانه بالنسبة للطعن بالنقض الذى يرفع من ادارة قضايا الحكومة ، لا يجب توقيع الصحيفة من عضو هذه الادارة من درجة معينة ، على أساس أن ما تشترطه المادة ٢٥٣ مرافعات من توقيع محامى نقض قد ورد فى قانون عام لا ينطبق الا على المحامين المقيدين فى جداول المحامين المقبولين أمام جهات القضاء المختلفة ، أما بالنسبة لأعضاء ادارة قضايا الحكومة فانهم لا يقيدون بجداول المحامين وانما ينظم أعمالهم قانون خاص (القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣) أولى بالاتباع . ولا توجب نصوصه فيمن يوقع صحف الطعن بالنقض من أعضاء ادارة قضايا الحكومة ان يكون بدرجة معينة (نقض ضرائب ١٩ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٦٥٦ لسنة ٤٢ ق .) .

(٣) فان كان الطعن مقاماً من احدى شركات القطاع العام ، فيجب لصحة الطعن أن يوقع الصحيفة عضو بالادارة القانونية لتلك الشركة مقبولة أمام محكمة النقض (نقض عمال ١٢ مايو ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٩٣٩ لسنة ٤٩ ق) .

بتوكيل المحامين للطعن بالنقض (١) . على أنه يمكن أيضا أن تتوافر له هذه الصفة بغير وكالة اذا كان منتدبا من لجنة المساعدة القضائية أو من المحكمة (٢) . ومن ناحية أخرى ، فانه لا حاجة للطاعن لتوكيل محام بالنقض اذا كان هو نفسه محاميا بالنقض . فيكفى عندئذ توقيع الطاعن نفسه لصحيفة الطعن (٣) . فاذا كان الطعن مرفوعا من النيابة وجب أن يوقع الصحيفة رئيس نيابة على الأقل (مادة ١/٢٥٣) . فاذا رفع الطعن دون توقيع محامى أو رئيس نيابة — على الوجه المبين — أو دون أن يكون المحامى وكيلا عن الطاعن ، كان الطعن باطلا . وعلى المحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام (٤) . ذلك أن هذا التوقيع هو وحده الذى يضمن جدية الطعن كما يضمن كتابة أسبابه على نحو يتفق مع الأسباب التى ينص عليها القانون (٥) .

ويجب أن تتضمن الصحيفة (٦) :

---

(١) نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٧٥ مجموعة النقض ٢٦ — ٥٩٠ — ١١٨ .

(٢) نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٣٦٧ — ٥٦ . أو كان الطعن مرفوعا من ادارة قضايا الحكومة نيابة عن الحكومة والمصالح العامة والمجالس المحلية ، التى تنوب عنها الادارة وفقا للمادة السادسة من قانونها رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٥ . ومن بينها الهيئات العامة . اذ هذه النيابة تتحقق دون حاجة لتفويض خاص فى كل قضية . (نقض مدنى ١٧ مايو ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٩٨١ لسنة ٤٩ ق) .

(٣) الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ٤ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣ — ١ . كما أن شرط أن يكون الموقع على الصحيفة محام بالنقض يكون متوافرا ولو كان محامى الطاعن الذى وكله فى رفع الطعن نيابة عن الطاعن ليس مقبولا للمرافعة امام النقض (نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٩٥٧ لسنة ٤٩ ق .) .

(٤) نقض مدنى ٩ أبريل ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٦٤٩ — ١٠٥ و ٢٠ يناير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٨ — ١٣ و ٢١ مارس ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٣٤٢ — ٥٤ .

(٥) ولا يغير من ذلك ايداع صحيفة الطعن من محام مقبول أمامها موكل من الطاعن وتوقيعه المذكرة الشارحة ، لأن الغاية من توقيع محام مقبول أمام النقض على صحيفة الطعن لم تتحقق على هذه الصورة (نقض عمال ١٩٨١/١١/١٥ — فى الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٦ ق) .

(٦) ولا يجب أن ترد ما تشتمله الصحيفة بترتيب معين . (نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٠ ق) .

١ ـ اسم كل من الطاعن والمطعون ضده ولقبه وصفته على نحو لا يثير شكا حول حقيقة هذه البيانات (١) .

٢ ـ بيان موطن كل منهما . ونحيل بالنسبة لهذين البيانين الى ماتقدم بالنسبة لصحيفة الدعوى .

٣ ـ بيان الحكم المطعون فيه على نحو كاف يرفع عنه أى تجهيل (٢).

٤ ـ تاريخ الحكم المطعون فيه . والهدف منه هو تحديد الحكم محل الطعن ، وتمكين محكمة النقض من مراقبة رفع الطعن فى الميعاد ، اذ هذا الميعاد يبدأ ـ كقاعدة عامة ـ من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه .

٥ ـ أسباب الطعن : أي الاسباب التى بنى عليها الطعن . وهذه الأسباب يجب أن تكون من تلك التي ينص عليها القانون كأسباب

---

(١) نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٧٦ فى الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٤١ ق. و ٢٢ أكتوبر ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ١١٥٣ ـ ١٩٣ (اذا اشتمل التقرير على ذكر أن المحامى يرفعه بصفته وكيلا عن ... وعن آخرين دون أن يشتمل التقرير على بيان أسماء هؤلاء الطاعنين الآخرين أو يرد به ما تتحدد به شخصياتهم ، فان الغاية التى قصدها الشارع من البيان الخاص بأسماء الخصوم وصفاتهم لا تتحقق . ولا يغنى عن ذلك ورود اسمائهم فى التوكيلات الصادرة منهم الى المحامى لأنها أوراق مستقلة عن التقرير . كما لا يكمل هذا النقض ذكر أرقام التوكيلات فى التقرير) . و ٣ يناير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٢٨ ـ ٦ . (اذا كان الثابت فى الحكم المطعون فيه وفى تقرير الطعن أن المطعون عليه ورد اسمه مجردا دون ذكر صفته فانه لا بطلان اذا كان يبين بجلاء من الاوراق انه قد اختصم فى الاستئناف وفى تقرير الطعن بصفته وليا شرعيا على القاصر) . و ١٢ مايو ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٨٥٩ ـ ١٣٩ (اذا كان الثابت من الاوراق ان الشركة الطاعنة تباشر الدعوى باعتبارها الشركة الدامجة فلا اهمية بعد ذلك لاغفال هذا البيان عند التقرير بالطعن بالنقض) .

(٢) وقد حكم بأن الخطأ فى بيان رقم الحكم المطعون فيه لا يعيب الطعن اذا كانت البيانات الاخرى التى ذكرت والخاصة برقم الدعوى الابتدائية وأسماء الخصوم فيها وموضوعها وتاريخ صدور الحكم الابتدائى ومنطوق الحكم الاستئنافى وتاريخ صدوره والمحكمة التى أصدرته يرفع كل تجهيل عن الحكم المطعون فيه . (نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٦٨ ـ مجموعة النقض ١٩ ـ ١٢٩٩ ـ ١٩٧) .

للنقض . ذلك أن الطعن بالنقض طريق طعن غير عادى لا يقبل الاللاسباب المحددة التى ينص عليها القانون (١) . ويجب أن تبين أسباب النقض بصيغة محددة وواضحة (٢) . أى « أن تحدد أسباب الطعن وتعرف تعريفا واضحا كاشفا عن المقصود منها كشفا وافيا نافيا عنها الغموض والجهالة وبحيث يبين فيها العيب الذى يعزوه الطاعن الى الحكم وموضعه منه وأثره فى قضائه » (٣) . فاذا لم تحدد أسباب الطعن على هذا النحو الواضح المحدد ، كان النعى على الحكم المطعون فيه مجهلا وغير مقبول (٤) . ولهذا فانه لا تكفى الاشارة بصفة عامة الى العيب المنسوب الى الحكم كالقول بأنه أغفل الرد على دفاع الطاعن المبين فى صحيفة الاستئناف أو فى مذكراته المقدمة أمامها وذلك دون أن يبين بالتحديد والبيان المفصل فى صحيفة الطعن بالنقض أوجه الدفاع التى قصر الحكم فى الرد عليها (٥). كما لا يكفى النعى على الحكم بأن خطأه فى فهم الواقعة له أثر فى تقدير الدعوى دون تحديد هذا الأثر (٦) . ولا يغنى عن هذا البيان تقديم الطاعن صورة من المذكرة التى تضمنت دفاعه أمام محكمة الموضوع تاركا لمحكمة النقض مقارنتها بالحكم المطعون فيه حتى تقف على وجه القصور الذى يشوب الحكم . بل يجب عليه أن يبين هو فى صحيفة الطعن مواضع القصور ووجوهه اذ المعول عليه هو ما يرد فى هذه الصحيفة .

---

(١) موريل : بند ٦٧٢ ص ٥١٧ .

(٢) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٩٥ .

(٣) نقض مدنى ٥ مايو ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤٩ ق . ٢٩ ابريل ١٩٦٥ – مجموعة النقض ١٦ – ٥٤٨ – ٨٩ . و ١٧ فبراير ١٩٧٢ – مجموعة النقض ٢٣ – ١٨٩ – ٣٠ .

(٤) نقض مدنى ١٩٨٥/٦/٦ فى الطعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥١ ق .

(٥) نقض مدنى ٤ مايو ١٩٨١ فى الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٨ ق . ٤ يونيو ١٩٧٥ – مجموعة النقض ٢٦ – ١١٤٩ ـ ٢٢٠ . و ١٠ يناير ١٩٧٤ – مجموعة النقض ٢٥ – ١٣٩ – ٢٥ . و ٨ يناير ١٩٧٠ – مجموعة النقض ٢١ – ٥١ – ٩ .

(٦) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧١ – مجموعة النقض ٢٢ – ٣٢٢ – ٥٢ .

أما المستندات فهى تقدم لمحكمة النقض دليلا على أسباب الطعن بعد بيانها بيانا صريحا فى صحيفة الطعن (١) .

على أنه يلاحظ أن الطاعن لا يلتزم ببيان نص التشريع الذى ينسب الى الحكم المطعون فيه مخالفته أو الخطأ فى تأويله أو تطبيقه (٢) ، كما أنه لا يلزم بشرح سبب الطعن شرحا مسهبا ، فلا يعيب السبب أن يرد على نحو موجز مادام قد بين بصفة محددة وواضحة (٣)،(٤) .

فاذا لم تحتو الصحيفة على بيان أسباب الطعن أو كانت هذه الأسباب غير محددة أو غامضة بحيث لا تكشف عن قصد الطاعن فيما يعيبه على الحكم المطعون فيه ، فان الطعن يكون باطلا . وعلى المحكمة أن تقضى بعدم قبوله شكلا (٥) .

---

(١) نقض مدنى ٢٢ مارس ١٩٦٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٤٦٣ — ٨٣ . و ٢٢ يناير ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ١٨٣ — ٣٠ . و ٢٣ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٢٤٧ — ٣٩ . ولهذا أيضا لا يغنى الطاعن الاحالة بالنسبة للاسباب الى صحيفة الاستئناف المقدمة ضمن مستنداته (نقض احوال شخصية ٩ فبراير ١٩٧٢ — فى الطعن رقم ٤٢ لسنة ٣٤ ق . ونقض مدنى ٩ فبراير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٤٧ — ٢٣) . أو الاحالة الى اقوال الشهود امام محكمة الاستئناف دون بيان مضمونها للوقوف على صحة ما يتحدى به الطاعن (نقض مدنى ٣٠ أبريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٨٦٠ — ١٦٨) أو الاقتصار على سرد مراحل الدعوى دون ايراد اى سبب للنعى على الحكم (نقض مدنى ١٥ أكتوبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٣٥ — ٢٥٥) .

(٢) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٦ ص ٦١٠ . ساتا : بند ٢٧٩ ص ٣٧٧ .

(٣) موريل : بند ٦٧٢ ص ٥١٦ . وعندئذ تشرح الاسباب تفصيليا فى المذكرة الشارحة .

(٤) كذلك لا يلزم ان يرد فى الصحيفة بيان وقائع الدعوى وما يجرى فيها اذ هذه من بيانات الحكم المطعون فيه ، وبيانها فى الحكم يغنى عن بيانها فى الصحيفة . (نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٦٤٩ — ١٠١) .

(٥) نقض مدنى أول نوفمبر ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٩٦١ — ١٤٥ . و ٢٩ ابريل ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٥٤٨ — ٨٩ .

ويتحدد نطاق القضية أمام محكمة النقض بالاسباب التى تبدى فى الصحيفة ، ذلك أنه لا يجوز التمسك بعد ذلك بأى سبب للنقض لم يبد فى الصحيفة (١) ، سواء قدمت هذه الاسباب فى ميعاد الطعن أو بعد انقضائه (٢) • ولا يستثنى من هذا الحظر الا الاسباب المتعلقة بالنظام العام فهذه يجوز ابداؤها فى أى وقت ، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها (مادة ٣/٢٥٣) (٣) •

٦ — طلبات الطاعن : والهدف منها تحديد الجزء من الحكم الذى يريد الطاعن من المحكمة الغاءه • فاذا لم يحدد جزءا معينا من الحكم • اعتبر الطعن منصبا على جميع أجزاء الحكم التى ليست فى صالح الطاعن(٤)• ومن ناحية أخرى ، فان مجرد ابداء الطاعن سببا يتعلق بحكم سابق على الحكم المطعون فيه يعتبر طعنا ضمنيا فى ذلك الحكم دون حاجة الى الطعن فيه صراحة • وذلك الا اذا كان هذا الحكم السابق قد سبق قبوله من الطاعن صراحة (مادة ٢٥٣/أخيرة) أو ضمنا •

ووفقا للمادة ٢/٣٥٣ اذا « لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلا ، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها ببطلانه » • وهذا النص يتضمن أمرين : نص صريح على البطلان ، واشارة الى أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام • فيجرى حكم هذين الامرين بما يترتب عليهما من نتائج • وعبارة « على هذا الوجه » تعنى رفع الطعن بايداع صحيفة قلم كتاب

---

(١) نقض مدنى ١٨ أبريل ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٥٥٠ — ٧٨ ، ولا يغنى عن ابداء السبب فى الصحيفة ابداؤه فى مذكرة الطاعن الشارحة . (نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٥٧ — ٨٧) •

(٢) نقض مدنى ٤ مارس ١٩٧٠ — مجموعة النقض ٢١ — ٤٠٤ — ٦٦ •

(٣) متى كانت العناصر اللازمة للالمام بها مطروحة على محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٨٥ — فى الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٠ ق) .

(٤) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٩٥ .

المحكمة ، واشتمال الصحيفة على البيانات التى تنص عليها المادة ٢٥٣ دون تفرقة بين هذه البيانات (١) .

ولا يوجد ما يمنع الطاعن من أن يصحح طعنه الباطل ، وفقا للمادة ٢٣ مرافعات أو أن يستكمل ما فاته فى صحيفة الطعن الأول ، كأن يطلب فى الطعن الجديد وقف التنفيذ أو يضيف بعض أسباب الطعن ولو كان طعنه الأول صحيحا على أنه يشترط لذلك أن يكون ميعاد الطعن ممتدا وألا يكون قد فصل فى الطعن الأول (٢) .

ورغم نص المادة ٢٥٣ على رفع الطعن بالنقض بايداع صحيفة قلم كتاب محكمة النقض أو المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، فقد جرى قضاء النقض (٣) على أنه يجوز — بدلا من ذلك — رفع الطعن بالنقض بتقرير فى قلم كتاب محكمة النقض ، كما كان الحال قبل صدور مجموعة سنة ١٩٦٨ . ويستند قضاء النقض الى أن تعديل طريقه رفع الطعن بالنقض قصد به التيسير على المحامى حتى لا ينتقل بنفسه الى قلم الكتاب ، والى أن العبرة هى بتوافر البيانات التى يتطلبها القانون فى ورقة الطعن بحيث لا تثريب على الطاعن اذا هو أودع قلم الكتاب تقريرا توافرت فيه تلك البيانات ، لأن الغاية من هذا الاجراء تكون قد تحققت الأمر الذى يكون معه الدفع بالبطلان لرفعه بغير الطريق القانونى فى غير محله .

---

(١) انظر خلافا فى هذا الشأن فى الفقه المصرى فى : نظرية البطلان — للمؤلف — ص ٥١٥ — ٥٢٠ . ولا يترتب البطلان على اغفال بيان لم توجبه المادة ٢٥٣ . ومن هذه بيان تاريخ ايداع الصحيفة . (نقض مدنى ١٠ يونيو ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ ق .) .

(٢) نقض ١٩٨٤/١١/١٢ فى الطعنين رقمى ١٣٢٧ و ١٤٦٧ وعندئذ تقرر محكمة النقض ضم الطعنين للارتباط (نقض أحوال شخصية ١٧ يناير ١٩٧٩ — الطعنان رقما ١٦ و ٢٦ لسنة ٤٨ ق . احوال شخصية) .

(٣) نقض مدنى ١٠ يونيو ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ ق . و ٢٤ مايو ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٨٨ لسنة ٤٣ ق . و ٥ ابريل ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ ق . و ٢٢ اكتوبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٥٣ — ١٩٣ .

٣٨٩ — تعدد الخصوم : اذا تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم فى الحكم محل الطعن بالنقض ، طبقت القواعد السابق بيانها فى الاحكام العامة لنطعن (١) • فليس فى النصوص الخاصة بالطعن بالنقض ما يحول دون تطبيق القواعد التى تنص عليها المادة ٢١٨ مرافعات • ومع ذلك ذهبت محكمة النقض — مع تسليمها بتطبيق نص المادة ٢١٨/٢ عند تعددالمحكوم عليهم (٢) — الى أن ما تنص عليه المادة ٢٥٣ مرافعات من وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على اسماء جميع الخصوم الواجب اختصامهم يحول دون تطبيق المادة ٢١٨/٢ والتى تنص على أنه اذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة أو دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين أو التزاما بالتضامن وتعدد المحكوم لهم ورفع الطعن صحيحا فى الميعاد وجب على الطاعن اختصام باقيهم ولو بعد الميعاد ، فان لم يفعل قضت المحكمة بعدم قبول الطعن • وذلك استنادا الى أن ما تنص عليه المادة ٢٥٣ مرافعات يعنى أنه اذا أغفل الطاعن بالنقض اختصام بعض المحكوم لهم فى الحكم المطعون فيه ، فلا يجوز له اختصامهم بعد ذلك (٣) •

وفى تقديرنا أن هذا الرأى محل نظر • ذلك أن نص المادة ٢١٨ هو نص عام ، ولم يرد فى باب الطعن بالنقض ما يحول دون تطبيقه • ولو أراد المشرع عدم اعماله بالنسبة للطعن بالنقض لنص على ذلك صراحة • ذلك أن أى استثناء من تطبيق قاعدة عامة يجب أن يكون صريحا فى هذا المعنى • أما نص المادة ٢٥٣ على وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على أسماء الخصوم فانه لا يعنى أكثر من معناه الظاهر اذ تنص المادة ٢٥٣ على أن « تشتمل الصحيفة على البيانات المتعلقة باسماء الخصوم »، والمقصود أسماء الخصوم الذين يوجه منهم أو اليهم الطعن بواسطة الصحيفة • ولم يتطلب النص اشتمال الصحيفة على أسماء جميع الخصوم

---

(١) ما سبق بند ٣٥٩ .

(٢) نقض ايجارات ١٩٨٢/٢/٢٢ فى الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٤٦ ق .

(٣) نقض ايجارات ١٩ فبراير ١٩٨٠ — الطعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق. وانظر أيضا : محمد كمال عبد العزيز — ص ٤٣٠ . وص ٥٠٠ . وأحكام النقض المشار اليها فيه .

فى الخصومة التى صدر فيها الحكم محل الطعن ، بل فقط الخصوم فى الطعن • والصيغة التى استعملتها المادة ٢٥٣ بالنسبة للنقض هى نفسها الواجب احترامها بالنسبة لرفع الدعوى أو الطعن أيا كان ، اذ يجب أن تشتمل أية صحيفة دعوى أو طعن على البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم •

٣٩٠ — ايداع الكفالة ومرفقات الصحيفة : قبل ايداع صحيفة الطعن ، على الطاعن أن يودع خزانة المحكمة التى سيودع الصحيفة بقلم كتابها ، وذلك على سبيل الكفالة ، مبلغ خمسة وعشرين جنيها اذا كان الطعن فى حكم لمحكمة استئناف وخمسة عشر جنيها اذا كان هذا الحكم من محكمة ابتدائية أو جزئية (٢٥٤/١) • وعلة هذا الايداع هو ضمان جدية الطعن (١) • ولهذا فانه اذا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره ، فان عليها أن تحكم بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها (٢٧٠/١) ، وذلك لحساب الخزانة العامة • ويعفى الطاعن من ايداع هذه الكفالة اذا كان معفى من أداء رسوم الطعن ، كما لو رفع الطعن من النيابة أو كانت قد قررت للطاعن مساعدة قضائية (٢) • واذا تعدد الطاعنون ، وأقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ، فانهم لا يلتزمون الا بايداع كفالة واحدة ، هذا ولو اختلفت أسباب الطعن بينهم (٢/٤٢٥) • (٣) وعلى العكس ، تتعدد الكفالة اذا تعددت صحف الطعن ، ولو ضمت بعد ذلك لنظرها باجراءات واحدة ، أو كانت جميعها مبنية على نفس السبب (٤) • وحيث تجب الكفالة ، يجب أن تقدم الصحيفة الى قلم الكتاب مصحوبة

---

(١) ساتا : بند ٢٧٩ ص ٣٧٧ .

(٢) موريل : بند ٦٧٢ ص ٥١٦ .

(٣) كما لا يدفعون عندئذ الا رسما واحداً عن الصحيفة (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٣٧١ — ٢٣٥) .

(٤) ولم يتعرض المشرع لحالة تعدد المطعون ضدهم . ولهذا يجب القول بأن الطاعن لا يلتزم الا بدفع كفالة واحدة مهما تعدد المطعون ضدهم . وذلك فى جميع الاحوال . (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٦ ص ٦١١ — ٦١٢) .

بما يثبت سبق دفعها أو بما يثبت الاعفاء من الدفع ، والا امتنع قلم الكتاب عن قبولها (٣/٢٥٤) .

ويجب على الطاعن عند ايداع الصحيفة أن يودع معها فى نفس قلم الكتاب الذى يودع فيه الصحيفة المرفقات الآتية (١) (مادة ٢٥٥ معدلة بالقانون رقم ٢١٨ سنة ١٩٨٠) :

١ — صورا من الصحيفة بقدر عدد المطعون ضدهم وصورة لقلم الكتاب . كما هو الحال بالنسبة لرفع الدعوى ، أو الطعن أيا كان .

٢ — سند توكيل المحامى الموكل فى الطعن ، والذى وقع على صحيفته (٢) . على أن محكمة النقض لا تتشدد بالنسبة لوقت ايداع سند

---

(١) ويقوم قلم كتاب محكمة النقض باثبات ما يتلقاه من ذوى الشأن فى محررات رسمية تنهض للخصوم أو عليهم ، تحت رقابة المحكمة . ولايجوز اقامة الدليل على تقديم مستند او مرفق بغير هذا الطريق . ولهذا فانه اذا تمسك الطاعن بمذكرة سبق تقديمها أمام محكمة الاستئناف ، وكانت هذه المذكرة ليست من الاوراق التى انطوت عليها حافظة المستندات المقدمة من الطاعن عند ايداع صحيفة الطعن بالنقض ، كما أن ملف الطعن خلا من محضر محرر من الموظف المختص بقلم كتاب محكمة النقض لاثبات تقديم صورة تلك المذكرة ، فانه يتعين الالتفات عن هذه المذكرة (نقض مدنى ٢ يونيو ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٤٥ ق) .

(٢) ولايغنى عن تقديم هذا التوكيل مجرد ذكر رقمه ، ذلك أن تقديم التوكيل واجب حتى تتحقق المحكمة من وجوده وتستطيع معرفة حدود هذه الوكالة . (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر ١٩٧٦ — فى الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٤١ ق . و ٨ ابريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٦٧٦ — ١٠٦) . واذا كان الطاعنة تطعن فى الحكم عن نفسها وبصفتها وصية عن أولادها ، فانها يجب ايداع التوكيل الصادر منها بصفتها ولا يكفى التوكيل الصادر منها شخصيا الى المحامى . (نقض مدنى ٦ يونيو ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٦٩١ لسنة ٥٢ ق) . واذا صدر التوكيل من الطاعن بصفته وصيا ، فيجب أن يودع مع هذا التوكيل — او يقدم للمحكمة لدى نظر الطعن وتداوله بالجلسات — صورة رسمية من قرار الوصاية الصادر له اثباتا لصفته المذكورة (نقض ايجارات ٩ فبراير ١٩٨٠ — طعن رقم ١٣٠٩ — لسنة ٤٥) .

القانون الجديد ولو كانت الواقعة التى حددها هذا القانون كنقطة بداية له قد حدثت قبل صدوره • (أنظر المادة ٢/٣ مرافعات) •

أما بالنسبة لجزاء عدم احترام الميعاد ، فانه يجب تطبيق النص القانونى النافذ عندانقضاء الميعاد • فاذا صدر قانون جديد يقرر جزاء جديدا على عدم احترام ميعاد معين وكان هذا الميعاد قد انقضى قبل نفاذ القانون الجديد ، طبق الجزاء الذى كان منصوصا عليه فى القانون السابق (٢) •

(ج) طرق الطعن فى الاحكام : تقتضى القاعدة القانونية الصحيحة كما قدمنا أن تخضع آثار العمل القانونى للتشريع السارى وقت تكوينه • وبما أن قابلية الحكم للطعن فيه أو عدم قابليته للطعن يعتبر من آثار الحكم ، فانه اذا صدر تشريع جديد يلغى طريق طعن قائم . أو ينشىء طريق طعن جديد فيجب تطبيق القانون السارى عند صدور الحكم (٣) • وهذا الحل قننه أيضا قانون المرافعات المصرى (مادة ٣/١) •

١٢ ـ منهج البحث : ان دراسة علمية للقواعد القانونية التى تحكم القضاء المدنى تقتضى فى تقديرنا البدء بدراسة وظيفة القضاء المدنى • وبعد تحديد هذه الوظيفة نحدد القائم بها ، ثم نبين أداة تحقيق هذه الوظيفة•

---

(١) أنظر روبييه : بند ١٠٤ ص ٥٥٩ ؛ نقض مدنى أول مايو ١٩٥٨ — مجموعة النقض ٩ ص ٣٨٢ •

(٢) نقض مدنى أول يناير ١٩٧٩ ـ الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ ق .

(٣) روبييه : بند ١٠٥ ص ٥٦٤ ، مع ملاحظة ان اجراءات الطعن تخضع لما قلناه بالنسبة لاجراءات الخصومة ، اى للقانون النافذ عند اتخاذ الاجراء . ولهذا فانه اذا صدر قانون جديد بعد صدور حكم قابل للطعن ، وجعله غير قابل له . وطعن فى الحكم ، فان القانون الجديد لا يسرى على الاجراءات السابقة التى تمت فى ظل القانون القديم ولكنه يسرى على الاجراءات التى تتخذ بعد نفاذ القانون الجديد (نقض مدنى ١٩٧٧/١/٥ —

ـ لذلك ـ أسبابا غير مقبولة (١) • ولا يستثنى من هذا المبدأ الا السبب المتعلق بالنظام العام (٢) • ويترتب على عدم تقديم الطاعن المذكرة الشارحة مع صحيفة الطعن حرمانه من انابة محام عنه فى جلسة المرافعات وبالتالى عدم جواز حضوره أو محاميه هذه الجلسة (٣) •

٤ ـ المستندات التى تؤيد الطعن ما لم تكن مودعة ملف القضية الصادر فيها الحكم المطعون فيه : وتختلف هذه المستندات باختلاف اسباب النعى على الحكم • ولما كانت هذه المستندات تكون عادة مودعة ملف القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، فان الطاعن لا يلزم بتقديم هذه المستندات • ويكفى أن يشير اليها فى صحيفة طعنه بالنقض محددا ما يستند اليه منها بالنسبة لكل عيب ينسبه الى الحكم المطعون فيه • وعلى قلم كتاب محكمة النقض ان يطلب ـ من تلقاء نفسه ـ خلال يومين من ايداع صحيفة الطعن بها (أو وصولها اليه اذا كانت صحيفة الطعن مودعة لدى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم) ضم ملف القضية بجميع مفرداتها • وعلى قلم كتاب المحكمة ـ التى أصدرت الحكم ـ أن يرسل الملف خلال سبعة أيام على الاكثر من تاريخ طلبه • (٢٥٥/٢) • على أنه لا يترتب على مخالفة هذين الميعادين أى سقوط أو بطلان وانما يطبق الجزاء الذى تنص عليه المادة ٢٥٧ • على أن الطاعن قد يحتاج الى تقديم مستندات غير التى فى ملف القضية كما لو كان قد أقام طعنه ـ

---

(١) نقض مدنى ١٧ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٢٥٥ ـ ٤٥ . ونقض أحوال شخصية ٨ ديسمبر ١٩٧١ ـ فى الطعن رقم ٤٢ لسنة ٣٥ ق .

(٢) نقض مدنى ١٢ ابريل ١٩٧٧ ـ فى الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٣ ق. و ٢ يونيو ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٨٥٧ ـ ١٥١ . وانظر البند قبل السابق . ويجب لابداء هذا السبب الجديد المتعلق بالنظام العام الا يخالطه واقع . فاذا كان سببا جديدا يخالطه واقع فلا يجوز التمسك به . (نقض مدنى ٢٨ ابريل ١٩٨٠ ـ فى الطعنين رقمى ١٢٢٧ و ١٢٣٥ لسنة ٤٧ ق .) . وانظر فى فكرة السبب الجديد الذى يخالطه واقع بند ٣٩٧ .

(٣) نقض مدنى ١٩٧٧/٢/٢٣ فى الطعن ٤٩٩ لسنة ٣٩ ق . محمد كمال عبد العزيز : ص ٥٢٣ .

مثلا — استنادا الى أن الحكم المطعون فيه قد صدر على خلاف حكم سابق حائز لقوة الامر المقضى ، فيجب عندئذ ان يقدم صورة رسمية من هذا الحكم (١) . كما يحدث هذا أيضا اذا كان قد سحب بعض مستنداته من الملف .

ويجب على الطاعن — عندئذ ايداع هذه المستندات فى نفس قلم الكتاب الذى أودعت فيه صحيفة الطعن فلا يجوز الفصل بينهما بايداع الصحيفة فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم وايداع المستندات فى قلم كتاب محكمة النقض . فاذا قدم الطاعن بعض المستندات مع الايداع ، وأراد ايداع البعض الآخر أمام المحكمة الأخرى ، وجب عدم قبول هذه المستندات (٢) .

فان كانت هذه المستندات مقدمة من الطاعن فى طعن آخر بالنقض ولو عن حكم آخر ، فيجب على الطاعن أن يقدم ما يدل على هذا ، وتتخذ المحكمة ما تراه للاطلاع على هذه المستندات . (٢٥٥) .

واذا لم يقدم الطاعن دليلا على سبب النقض المبين فى الصحيفة ، فان محكمة النقض غير ملزمة بتكليف الطاعن بتقديم ما يؤيده ويعتبر السبب عاريا من الدليل يجب طرحه وعدم قبوله كسبب للطعن (٣) .

ولم ينص المشرع صراحة على بطلان رفع الطعن جزاء لعدم ايداع أى من المرفقات . على أنه أيا كان العيب ، فان الامر يخضع للقواعد العامة فى حالات البطلان وفى أحكامه ، ولهذا فانه يمكن ايداع أى من المرفقات بعد ايداع الصحيفة بشرط أن يكون ذلك فى ميعاد الطعن (٤) (مادة ٢٢

---

(١) نقض مدنى ٩ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٣٢٢ — ٥٢ .

(٢) نقض احوال شخصية ٩ نوفمبر ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٦ ق . أحوال .

(٣) نقض ايجارات ١٩٨٤/١١/١٢ فى الطعن رقم ٨٢١ لسنة ٤٩ ق . ١٩٨٢/١/١٤ فى الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤٧ ق . (خاص بعدم تقديم صورة لأصل صحيفة الاستئناف المعلنة اليه ليدلل بها على بطلان الاعلان) .

(٤) مع ملاحظة ما سبق ذكره من جواز ايداع سند التوكيل حتى حجز القضية للحكم .

مرافعات) . ولا يستثنى من هذا الا صور صحيفة الطعن ، فهذه يجب أن تقدم حتما عند ايداع الصحيفة .

واذا كانت صحيفة الطعن قد أودعت قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم ، فعليه ارسال جميع أوراق الطعن الى قلم كتاب محكمة النقض فى اليوم التالى لايداع الصحيفة (٢٥٥) . فان لم يفعل ، حكمت محكمة النقض على من تخلف أو تأخر فى ارسال الاوراق من العاملين بقلم الكتاب بغرامة من ثلاثة الى عشرين جنيها (مادة ٢٥٧) .

٣٩١ — قيد الطعن واعلانه : يقوم قلم كتاب محكمة النقض ، فى يوم تقديم الصحيفة اليه أو فى يوم وصولها اليه من قلم كتاب المحكمة الذى قدمت اليه ، بقيد الصحيفة فى السجل الخاص بذلك . وعليه فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها الى قلم المحضرين لاعلانها . وعلى قلم المحضرين أن يقوم باعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوما على الاكثر من تسليم الصحيفة اليه الى المطعون ضدهم (مادة ٢٥٦) ثم يرد الاصل الى قلم الكتاب . وينصب الاعلان على صحيفة الطعن ، فلا يرد على المذكرة الشارحة (١) أو على أية ورقة مما يجب ايداعه مع هذه الصحيفة . ويتم الاعلان وفقا للقواعد العامة فى الاعلان (٢) . ويخضع بالنسبة لبطلانه للنظرية العامة لبطلان العمل الاجرائى . على أن يلاحظ ما يأتى :

(أ) أن قلم الكتاب لايقوم — على عكس الأمر بالنسبة لرفع الدعوى أو الاستئناف أو الالتماس — بتحديد تاريخ الجلسة عند قيده الصحيفة .

---

(١) نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٩ ق .

(٢) ويبطل الاعلان اذا لم تراع هذه القواعد ، وفقا لما تقدم بيانه بالنسبة للاعلان بصفة عامة (نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ١٨٠ — ٢٣) . وبمراعاة ما تقدم — بند ٣٥٦ — بالنسبة لاعلان الطعون (نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٣٠٩ — ٤٨) . ولهذا يبطل الاعلان فى الموطن المختار اذا لم يكن هذا الموطن قد اختير فى ورقة اعلان الحكم (نقض مدنى ١٩ ابريل ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٤٩٢ — ٧٥) .

(ب) أن ميعاد الثلاثين يوما للاعلان هو ميعاد تنظيمى ، فلا يترتب على عدم الاعلان فى هذا الميعاد بطلان الاعلان (١) (مادة ٢٥٦) وانما يكون الجزاء هو أن تحكم المحكمة على من يتسبب فى عدم الاعلان أو فى تأخيره من العاملين بأقلام الكتاب أو المحضرين بغرامة من ثلاثة الى عشرين جنيها (مادة ٢٥٧) .

(جـ) أن المشرع لم يتطلب — على عكس الامر بالنسبة لصحيفة الدعوى أو الطعن بالاستئناف أو بالتماس اعادة النظر — اعلان صحيفة الطعن بالنقض خلال ثلاثة أشهر والا جاز اعتبار الدعوى أو الطعن كأن لم يكن .

(د) أن اعلان الطعن يعتبر عملا اجرائيا تاليا لرفع الطعن الذى يتم بمجرد ايداع الصحيفة قلم الكتاب . ولهذا فانه ينظـر الى مقتضيات صحة الاعلان مستقلة عن مقتضيات رفع الطعن (٢) . فاذا تحققت الغاية من البيان المعيب فى الاعلان ، صح الاعلان ولا يحكم ببطلانه . ويؤدى تقديم المطعون عليه مذكرة بدفاعه فى الميعاد القانونى الى تصحيح الاعلان اذا تحققت بذلك الغاية من البيان المعيب (٣) . ولا يترتب على بطلان الاعلان أثر على الطعن الذى تم صحيحا فى ذاته (٤) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/١١/١٦ فى الطعن ٢٠١ لسنة ٤٢ ق .

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ مارس ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق . و فاذا كان المطعون ضدهم عند رفع الطعن قصرا وجب توجيهه الى الوصى عليهم ، فاذا بلغوا سن الرشد قبل الاعلان وجب توجيه الاعلان اليهم وليس الى الوصى . (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١١٢٠ — ١٦٣) . واذا وقع عيب فى الاعلان ، فانه يمكن تصحيحه باعادته أو بتكملته ، دون حاجة لاعادة ايداع صحيفة جديدة (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٠٩١ — ١٦١) . ولان ميعاد اعلان الطعن تنظيمى ، فانه يمكن تصحيحه باعادته صحيحا أو بتكملته ، ولو بعد فوات هذا الميعاد (نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٢٨٣ — ٥٤) . ويتم اعادة الاعلان بقرار من المحكمة من تلقـاء نفسها يقوم بتنفيذه قلم الكتاب بواسطة قلم المحضرين .

(٣) انظر : نقض مدنى ٨ ديسمبر ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩ ق . و ١٩٧٦/١٢/١٦ فى الطعن ٥٣٣ لسنة ٤٠ ق . و ٣١ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١١٣٢ — ٢١٧ . و ٢٧ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٤٢ — ٦٠ .

(٤) نقض مدنى ٢٢ أكتوبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١١٥٣ — ١٩٣ . (خلو صورة التقرير المعلنة من تاريخ الطعن واسم الموظف الذى =

(هـ) يكون التمسك ببطلان اعلان الطعن لمن شرع الشكل المخالف لمصلحته دون غيره من المطعون ضدهم ، ولو كان موضوع الطعن غير قابل للتجزئة [1] .

٣٩٢ ــ الادخال والتدخل امام محكمة النقض : فيما عدا الحالات التى تنص عليها المادة ٢/٢١٨ مرافعات حيث يكون تعدد الخصوم فى الطعن اجباريا [2] ، اذا تعدد الخصوم فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض وصدر الحكم لمصلحة أكثر من خصم ولم يوجه الطعن بالنقض الى جميع المحكوم لهم ، فان لأى من المطعون ضدهم أن يدخل فى الطعن من لم يوجه اليه الطعن [3] ، كما أن لاى ممن لم يوجه الطعن اليه ولم يدخل أن يتدخل فى خصومة الطعن بالنقض [4] . وذلك بالتفصيل الآتى :

(أ) الادخال أمام محكمة النقض : وتنظمه المادة ٢٥٩ مرافعات . ويحدث الادخال من المطعون ضدهم بالنقض ، وليس من الطاعن . فهذا الأخير لا يجوز له ادخال من لم يرفع الطعن عليه فى الميعاد . ويتم الادخال باعلان المطلوب ادخاله بصورة من صحيفة الطعن . ويجب أن يتم هذا الاعلان خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اعلان طالب الادخال بصحيفة الطعن (م ١/٢٥٩) . وباعلان المطلوب ادخاله يصبح هذا الاخير طرفا فى

=

حصل امامه هو ــ وعلى ما جرى عليه قضاء النقض ــ لا يبطل الطعن) . كما لا يبطله خلو الصورة من بيان المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٧٩ ــ فى الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق .) .

(١) نقض عمال ١٩٨١/١١/١٥ فى الطعن ٥١٤ لسنة ٤٦ ق . نقض مدنى ١١ يناير ١٩٧٧ ــ فى الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٣ ق . و ٢ فبراير ١٩٧٤ ــ مجموعة النقض ٢٥ ــ ٢٧٧ ــ ٤٧ . و ١٧ فبراير ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٢٠٢ ــ ٣٤ . وانظر ما سبق بند ٢٤٧ .

(٢) ما سبق بند ٣٥٩ .

(٣) أو من وجه اليه الطعن ولم يعلن به أو لم يعلن به اعلانا صحيحا (العشماوى : جزء ثان بند ١٣٥٩ ص ٩٨٢) .

(٤) ويلاحظ أن الامر لا يتعلق بادخال أو تدخل شخص من الغير ، بل بطرف فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض ، فلا تنطبق هنا قواعد التدخل فى الخصومة . (عكس هذا : العشماوى : جزء ثان ص ٩٨١ حاشية ٣) .

خصومة الطعن بالنقض ، ويأخذ فيها مركز المطعون ضده • فان بدا له أن يقدم دفاعا ، فعليه — كأى مطعون ضده — أن يقدم مذكرة بدفاعه مرفقة بها المستندات التى يرى تقديمها ، وسند توكيل المحامى الموكل عنه (١) ، خلال خمسة عشر يوما من اعلانه بصحيفة الطعن • وبعد انقضاء الخمسة عشر يوما المذكورة ، تبدأ مواعيد التحضير التى تنص عليها المادة ٢٥٨/٢ و ٣ و ٤ فى السريان (٢٥٩/٢) •

(ب) التدخل أمام محكمة النقض : ويكون من المحكوم له الذى لم يوجه اليه الطعن (٢) ، ولم يدخل وفقا للمادة ٢٥٩ • ووفقا للمادة ٢٦٠ ، يتم التدخل بايداع المتدخل مذكرة بدفاعه قلم كتاب المحكمة مشفوعة بالمستندات التى تؤيده ، وسند توكيل المحامى الموكل عنه (٣) • ووفقا لنفس النص يكون هذا الايداع « قبل انقضاء الميعاد المحدد فى الفقرة الأولى من المادة ٢٥٨ » ، ولما كان هذا الميعاد هو « خمسة عشر يوما من تاريخ اعلانه بصحيفة الطعن » ، وكان الفرض أن صحيفة الطعن لم تعلن للمتدخل ، فانه يجب تفسير هذا النص على أساس خمسة عشر يوما من آخر اعلان لصحيفة الطعن لاحد المطعون ضدهم • ورغم أن المادة ٢٦٠ لم تشتمل على ما يقابل عجز المادة ٢٥٩/٢ المتعلقة ببدء مواعيد التحضير ، فيجب تطبيق نفس الحكم •

٣٩٣ — مراحل الخصومة امام محكمةالنقض : بعد رفع الطعن وقيده واعلانه تمر اجراءات خصومة النقض بثلاث مراحل :

---

(١) لم تتطلب المادة ٢٥٩ ايداع سند التوكيل على عكس المادة ٢٥٨ . وهى مفارقة لا محل لها . وعلتها أن المشرع نقل نص المادة ٢٥٩ عن المادة ٤٣٤ من مجموعة سنة ١٩٤٩ التى لم توجب هذا الايداع عندئذ . وقد أضاف المشرع « ايداع سند التوكيل » الى نص المادة ٢٥٨ المطابقة للمادة ٤٣٣ من مجموعة سنة ١٩٤٩ ولم يتنبه الى ضرورة اقتضاء هذا الايداع فى المادة ٢٥٩ . (ونفس الامر بالنسبة للمادة ٢٦٠) .

(٢) وفقا للمادة ٢٦٠ يكون التدخل لمن « لم يعلنه رافع الطعن بطعنه » وهى صياغة قاصرة ، فالمقصود هو من لم يوجه اليه الطعن ، أو لم يعلن أو لم يعلن اعلانا صحيحا .

(٣) انظر الحاشية قبل السابقة .

أولا : مرحلة تحضير القضية : يتم تحضير قضية النقض على النحو الآتى (مادة ٢٥٨) :

١ — يبدى المطعون ضده دفاعه كتابة بمذكرة يجب أن يودعها قلم كتاب محكمة النقض خلال خمسة عشر يوما من اعلانه بصحيفة الطعن . ويجب أن يرفق بهذه المذكرة سند توكيل المحامى الموكل عن المطعون ضده ، والمستندات المؤيدة لدفاعه ان وجدت .

٢ — للطاعن أن يودع خلال خمسة عشر يوما من انقضاء الميعاد الممنوح للمطعون ضده مذكرة للرد على دفاعه ، وله أن يرفق بمذكرته المستندات المؤيدة لها . ويلاحظ أن ميعاد الرد يبدأ من انقضاء الميعاد الممنوح للمطعون ضده ، وليس من تقديم هذا الاخير لدفاعه . كما يلاحظ أن المستندات التى يقدمها الطاعن فى هذه المرحلة يجب أن تتعلق بتأييد رده ، فليس له تقديم مستندات تؤيد طعنه .

٣ — اذا تعدد المطعون ضدهم ، كان لكل منهم — ان أراد — أن يقدم ، فى الميعاد الممنوح للطاعن للرد ، مذكرة للرد على الدفاع المقدم من المطعون ضدهم الآخرين . واذا كان المطعون ضده مقدم الرد لم يسبق له تقديم مذكرة بدفاعه ، فان عليه أن يشفع بمذكرة رده سند توكيل المحامى الموكل عنه .

٤ — اذا كان الطاعن قد قدم مذكرة برده ، كان لكل من المطعون ضدهم فى ميعاد خمسة عشر يوما من انقضاء ميعاد الرد ايداع مذكرة بملاحظاته على الرد . وبهذا يكون المطعون ضده آخر من « يتكلم » من الخصوم فى هذه المرحلة .

وفقا للمادة ٢٦١ يجب أن تقدم جميع المذكرات وحوافظ المستندات من الخصم من أصل وصور بقدر عدد خصومه فى الطعن ، وأن تكون موقعة من محاميه المقبول أمام محكمة النقض . على أنه لا يجب أن يكون هو نفس المحامى الذى وقع على صحيفة الطعن . ويجب أن تقدم هذه المذكرات والمستندات فى المواعيد المحددة لها ، والا سقط الحق

فى تقديمها • على أن المشرع لم يشأ أن يجعل لقلم الكتاب سلطة تقدير نهائية فى عدم قبولها ، فأوجب عليه — بالنسبة لما يقدم بعد الميعاد — تحرير محضر يثبت فيه تاريخ تقديم الورقة واسم من قدمها وصفته وسبب عدم قبولها (مادة ٢٦٢) ليكون الفصل فى شأن قبولها بعد ذلك للمحكمة •

٥ — بعد انقضاء المواعيد الممنوحة للخصوم لتقديم مذكراتهم ، يرسل قلم الكتاب ملف الطعن المشتمل على صحيفة الطعن وما قدمه الخصوم من أوراق الى نيابة النقض (١) • ولم يحدد القانون ميعادا لقلم الكتاب لارسال الملف للنيابة ، على أن من المفهوم أن يتم هذا بعد انقضاء تلك المواعيد بغير تأخير • وعلى النيابة ايداع مذكرة بأقوالها ، باعتبارها متدخلة وجوبا فى خصومة النقض ، وذلك فى أقرب وقت • وهى تراعى فى كتابة رأيها فى الطعون ترتيب هذه الطعون فى السجل ، ما لم تكن الجمعية العمومية لمحكمة النقض قد قررت نظر أنواع من الطعون قبل دورها (٢/٢٦٣) فعلى النيابة مراعاة ذلك : أو كان قد صدر حكم من محكمة النقض بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتا ، وحددت المحكمة موعدا لفحص الطعن أمام غرفة المشورة اذ على النيابة تقديم رأيها قبله •

٦ — بعد أن تقدم النيابة مذكرتها يختار رئيس المحكمة أحد المستشارين أعضاء الدائرة كمستشار مقرر ، يناط به كتابه تقرير عن الطعن •

٣٩٤ — ثانيا : مرحلة فحص الطعن : وهى مرحلة ترمى الى مراجعة الطعون وتصفيتها قبل نظرها أمام المحكمة • وقد أخذ بها المشرع لأول مرة بقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ فى تعديله للمادة ٢٦٣ مرافعات ، وذلك « تخفيفا للعبء عن الدوائر المدنية بمحكمة النقض ، وتوفيرا لجهدها ، واتاحة السبيل أمامها للتوفر على دراسة الطعون الجديرة بالبحث والنظر » (٢) • وتبدأ هذه المرحلة بعد أن تودع النيابة مذكرتها ، وبعد

---

(١) يلاحظ أن قانون السلطة القضائية قد أنشأ نيابة مستقلة امام محكمة النقض لا تتبع النائب العام . (مادة ٢٤) .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ .

أن يعين رئيس المحكمة أحد مستشارى الدائرة كمستشار مقرر فى القضية . وفى هذه المرحلة ، يعرض الطعن على الدائرة بأكملها فى غرفة المشورة . وتفحص الدائرة الطعن دون اعلان الخصوم أو حضورهم ، مستندة الى الاوراق التى يتضمنها ملف الطعن . وتنحصر سلطة المحكمة فى هذه المرحلة فيما يأتى :

١ — التحقق من أن الطعن قد رفع فى الميعاد ، وأن رافعه له الحق فى رفعه ، وأنه قد رفعه وفقا للاجراءات التى نص عليها القانون ، وأن الحكم يجوز الطعن فيه بالنقض . فاذا تبين لها أن الطعن قد رفع بعد الميعاد ، أو بعد سبق قبول الحكم ، أو من شخص ليس طرفا فى الخصومة السابقة ، أو من شخص لم يصدر الحكم المطعون فيه ضده ، أو شاب اجراءات الطعن عيب يبطل رفع الطعن ، أو أن الحكم لا يجوز الطعن فيه بالنقض ، فانها تحكم بعدم قبول الطعن .

٢ — التحقق من أن الطعن قد أقيم على أحد الاسباب التى نص عليها القانون كأسباب للطعن بالنقض فى المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ مرافعات . فاذا كان الطعن قد أقيم على غير هذه الاسباب ، أمرت المحكمة — هنا أيضا — بعدم قبوله . ومثال هذا أن يكون الطعن قد بنى على عيب يتعلق بتقرير الوقائع ولم يقم على مخالفة القانون (١) ، أو أن يكون القانون المدعى مخالفة الحكم له أو خطؤه فى تطبيقه أو تأويله ليس قاعدة قانونية عامة ، أو أن يكون الحكم الذى صدر الحكم المطعون فيه مخالفا له لم يحز بعد قوة الأمر المقضى . ويلاحظ أن المحكمة ليس لها أن تأمر — فى مرحلة الفحص — بعدم القبول ما دام سبب الطعن يدخل فيما ينص عليه القانون من أسباب للطعن بالنقض ، ولو كان من الواضح أن هذا السبب على غير أساس (٢) .

وفى الحالتين ، يكون أمر المحكمة بعدم قبول نظر الطعن بقرار لا يتخذ شكل الأحكام ولا يتضمن بياناته ، بل يكفى ثبوته فى محضر الجلسة المنعقدة فى غرفة المشورة ولا يلزم أن يتضمن سوى اشارة موجزة الى سببه . وبصدور

---

(١) دونوفريو : تعليق جزء ثان بند ٧٤٤ ص ٦٥٩ .
(٢) أندريولى : تعليق جزء ثان بند ٣٧٥ ص ٥٥٩ .

هـذا القرار تنتهى خصومة الطعن بالنقض وتلـزم المحكمـة الطـاعن بمصروفاتها فضلا عن الأمر بمصادرة الكفالة (مادة ٣/٢٦٣ معدلة بقانون ١٩٧٣) .

٣ — اذا تحققت المحكمة من توافر الامور السـابقة ، فانها تحدد جلسة أمامها لنظـر الطعن . ولا يحول دون اتخاذ هذا القرار أن يتبين لها أن بعض أسباب الطعن هى من غير الاسباب المقبولة . وعندئذ للمحكمة، تنقية لأسباب الطعن ، أن تستبعد الاسباب غير المقبولة . على أن يتضمن قرارها بهذا اشارة موجزة الى سبب الاستبعاد (٤/٢٦٣) .

وسواء قررت المحكمة عدم قبول نظـر الطعن ، أو قررت قبول نظـر جميع أسبابه أو نظـره مع استبعاد بعض هذه الاسباب فانقرارها فى هذا لا يقبل الطعن — شأنه شأن قرارات محكمة النقض — بأى طريق (٥/٢٦٣) . (١) .

ويلاحظ أن مرحلة فحص الطعن تفترض أن بامكان المحكمة اجـراء هذا الفحص دون سماع الخصوم اكتفاء بدفاعهـم المقـدم فى مرحلة التحضير . فاذا تبين للمحكمة أنها لا تستطيع أن تجرى هذا الفحص الا بعد سماع الخصوم ، فانها تتجاوز هذه المرحلة ، وتحدد جلسة لنظـر الطعن (٢) . وبهذا ينتقل الطعن مباشرة من مرحلة تحضيره الى مرحلة نظره دون أن يمر بمرحلة الفحص . وهو ما يعنى أن مرحلة الفحص مرحلة جوازية لمحكمة النقض تجاوزها ونظر الطعن مباشرة بعدتحضيره . وهى تستطيع أن تفعل هذا دون اصدار أى قرار صريح بذلك (٣) ، فيكفى أن تقرر تحديد جلسة لنظر الطعن .

هذا هو نظام فحص الطعن بالنقض الذى أخذ به المشرع المصرى سنة ١٩٧٣ ، ونلاحظ عليه ما يأتى :

---

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٧٨ —الطعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٤٣ ق . (ولو قام الطعن على أساس تجاوز المحكمة لسلطتها) .

(٢) المذكرة الايضاحية لمشروع قانون ١٩٧٣ .

(٣) ساتا : تعليق — الكتاب الثانى — الجزء الثانى — ص ٢٦١ .

١ ـ استمد المشرع المصرى هذا النظام من المادة ٣٧٥ مرافعات ايطالى (١) . وهذا النص محل نقد اجماعى من الفقه الايطالى ، فضلا عن أنه بسبب ما وجه اليه من نقد بقى أمام محكمة النقض الايطالية حرفا ميتا لم تطبقه ابدا (٢) . ومن غير المعقول أن تنقل نصوصا فاشلة فى بلادها . وهذا الذى فعله المشرع المصرى هنا يذكرنا بمسلكه السابق ، عندما نقل نظام دوائر فحص الطعون الى محكمة النقض المصرية بعد تجربته وفشله فى فرنسا ، بل بعد الغائه بالفعل فيها . وكانت النتيجة أن عدل المشرع المصرى عن هذا النظام بعد سنوات قليلة من الأخذ به (٣) . ولعل هذا يدعو الى مزيد من الدراسة قبل وضع التشريعات .

٢ ـ سوى المشرع المصرى بين سقوط الطعن أو بطلان اجراءاته وبين اقامة الطعن على غير الاسباب المبينة فى المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ ، اذ جعل المحكمة تأمر فى جميع هذه الأحوال بعدم القبول . وهى تسوية تتنافى مع القواعد القانونية السليمة التى تقضى بأنه اذا كان الطعن مبنيا على غير سبب من أسبابه التى ينص عليها القانون ، فان المحكمة تقضى برفضه وليس بعدم قبوله (٤) .

٣ ـ لا شك أن المشرع يرمى بهذا النظام الى تخفيف العبء عن كاهل محكمة النقض بعدم نظرها لطعون من الواضح عدم قبولها أو رفضها ، ولكنه أخفق فى اختيار الطريق . ذلك أن تخفيف العبء يجب ألا يكون

---

(١) المذكرة الايضاحية لقانون سنة ١٩٧٣ .

(٢) دونو فريو : جزء أول بند ٧٤٤ ص ٦٥٨ . أندريولى : جزء ثان بند ٣٧٥ ص ٥٦٠ . ساتا : الاشارة السابقة .

(٣) أخذ المشرع المصرى بنظام دوائر فحص الطعون بالقانون ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ ، وكان الغرض منها هو نفس الغرض من مرحلة فحص الطعن وهى معالجة تراكم القضايا أمام محكمة النقض ولكن ثبت بالتجربة أن نظام دوائر فحص الطعون ادى الى عكس الغرض منه ، فألغاه المشرع فى قانون السلطة القضائية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٥ .

(٤) والغريب أن المادة ٣٧٥ ايطالى التى نقل عنها النص المصرى تتكلم هنا عن الرفض . ويشبه النص المصرى فى هذا الشأن نص المادة ٥٣١ اجراءات جنائية ايطالى الذى أخذ عنها قانون المرفعات الايطالى . (ساتا : تعليق مشار اليه ص ٢٦٠) .

على حساب قيام المحكمة بمهمتها فى توحيد تفسير وتطبيق القواعد القانونية أمام جهة المحاكم • وهى مهمة لا يمكن أن تتحقق اذا أصدرت محكمة النقض قراراتها ــ كما تنص المادة ٢٦٣ ــ متضمنة فقط « اشارة موجزة الى سبب القرار » •

٣٩٥ ــ ثالثا : مرحلة نظر الطعن : وهذه اما أن تكون تالية لمرحلة فحص الطعن ، أو تالية مباشرة لمرحلة التحضير اذا قدرت المحكمة التجاوز عن مرحلة الفحص • ومن ناحية أخرى ، فان الطعن قد لا يمر بهذه المرحلة ، اذا فحصت المحكمة الطعن وانتهت الى قرار بعدم قبوله • ولكى تنظر المحكمة الطعن ، فانها تحدد جلسة لنظره • ويبدو من المادة ٣٦٣/٤ معدلة أن تحديد الجلسة يكون بقرار من الدائرة وليس من رئيسها كما كان النص قبل تعديله • وبعد تحديد الجلسة ، يقوم قلم الكتاب من تلقاء نفسه باخطار محامى الخصوم الذين أودعوا مذكراتهم بتاريخ هذه الجلسة ، وذلك قبل انعقادها بخمسة عشر يوما على الأقل • ويكون الاخطار بخطاب موصى عليه • وفضلا عن هذا الاخطار ، يعلق جدول الجلسة ــ مدرجة به القضية ــ فى قلم كتاب محكمة النقض قبل الجلسة بخمسة عشر يوما على الاقل ، ويبقى معلقا طوال هذه المدة (مادة ٢٦٤) •

ويبدأ نظر الطعن بالاستماع الى التقرير الذى أعده المستشار المقرر يلخص فيه أسباب الطعن المقدمة من الطاعن ، ورد المطعون ضده على هذه الاسباب ، كما يحصر نقط الخلاف بين الخصوم • وليس للمستشار المقرر ابداء رأى فى هذا الشأن • والاصل أن تنظر المحكمة الطعن بغير سماع مرافعة شفوية اكتفاء بما قدم من مذكرات ورد عليها • ولكن قد ترى المحكمة ضرورة المرافعة ، وعندئذ تأذن للخصوم بالمرافعة الشفوية • وتخضع هذه المرافعة للقواعد الاتية :

١ ــ تحقيقا للمساواة بين الخصوم ، لا يجوز أن يقتصر الاذن بالمرافعة على أحد الطرفين دون الآخر •

٢ ـ لا يجوز للخصم أن يحضر ويترافع بنفسه ، بل يكون الحضور والمرافعة بواسطة محام مقبول أمام محكمة النقض موكل عن الخصم . على أنه لا يشترط أن يكون هو نفسه المحامى الذى وقع صحيفة الطعن بالنقض .

٣ ـ اذا كان أحد الخصوم لم يودع مذكرة بدفاعه ، فانه ـ رغم اختصامه فى الطعن ـ يكون قد أفصح بهذا عن عدم جديته فى استعمال حقه فى الدفاع ، ولهذا يفقد بمسلكه هذا حقه فى أن يحضر محام عنه فى الجلسة . وبالتالى يفقد حقه فى المرافعة الشفوية رغم اذن المحكمة بها .

٤ ـ يجب أن تقتصر المرافعة الشفوية على ما يتعلق بقبول الطعن بالنقض بالنظر الى شكله والى أسباب الطعن السابق للخصوم التمسك بها فى صحيفة الطعن بالنقض . فليس للمحامى فى مرافعته اثارة سبب لم تسبق اثارته فى هذه الصحيفة ، ما لم يكن السبب متعلقا بالنظام العام اذ مثل هذا السبب يمكن ـ وفقا للمادة ٢/٢٥٣ ـ اثارته فى أى وقت (٢٦٥ ـ ٢٦٦) .

وسواء نظرت المحكمة الطعن بغير مرافعة ، أو سمعت مرافعات شفوية ، فالاصل أنه لا يجوز ـ سواء لمحامى الخصوم أو للنيابة ـ تقديم مذكرات فى مرحلة نظر الطعن . على أنه استثناء ، للمحكمة بعد اطلاعها على القضية اذا قدرت أن مثل هذه المذكرات لا غنى عنها ، أن تأذن بتقديمها . وعندئذ تحدد المحكمة المواعيد التى يجب تقديم هذه المذكرات فيها ، وتؤجل نظر القضية الى جلسة أخرى (مادة ٢٦٧) .

ووفقا للمادة ٢٧٣ ، تسرى على نظر الطعن بالنقض فى الجلسة الاجراءات الخاصة بنظام الجلسات .

٣٩٦ ـ وقف خصومة النقض وانقطاعها وانتهاؤها بغير حكم :

تختلف خصومة النقض عن الخصومة سواء أمام محكمة أول درجة أو ثانى درجة فى هذا الشأن على النحو الآتى :

١ — وقف الخصومة : لا تخضع خصومة النقض للوقف (١) • فلا يجوز للخصوم الاتفاق على وقفها ، كما أنه لا يجوز وقفها انتظارا للفصل فى مسألة أولية • وعلة هذا أن الخصومة لا تتعلق بالموضوع ، وانما بالقانون • على أنه يرد عليها الوقف اذا تعلق سبب الوقف بشخص القاضى ، ولهذا فان خصومة النقض تقف كأثر لتقديم طلب رد ضد أحد أو بعض مستشارى النقض الذين ينظرون قضية النقض تطبيقا للمادة ١٦٢ •

٢ — انقطاع الخصومة : المسألة محل خلاف (٢) • ونرى أنه اذا توافر سبب الانقطاع بعد انتهاء مرحلة تحضير النقض فلا أثر له ، اذ قضية النقض تكون عندئذ صالحة للفصل فيها (٣) • أما اذا حدث فى مرحلة نظر القضية بعد قرار من المحكمة بسماع المرافعة (٤) ، فانه يرتب أثره وتنقطع الخصومة • وذلك الا اذا كان الخصم الذى قام به سبب الانقطاع بعد هذا القرار لم يسبق له أن قدم مذكرة بدفاعه ، اذ تعتبر القضية بالنسبة له جاهزة للحكم •

٣ — سقوط الخصومة : لأن سير الاجراءات فى النقض لا يعتمد على نشاط الخصوم ، فانه لا يقوم بالنسبة لها نظام سقوط الخصومة (٥)• على أنه اذا أحيلت القضية بعد نقض الحكم الى المحكمة التى أصدرته، فلأن هذه المحكمة لا تحكم فى القضية من جديد الا بناء على طلب الخصوم (٢٦٩/٢) ، فان الخصومة عندئذ يرد عليها السقوط • ويبدأ ميعاد السقوط من صدور حكم النقض القاضى بالاحالة (٦) •

---

(١) Fazzalari (Llio) : II gindizio civile di cassazione, Milano 1960 p. 123.

(٢) انظر : فازلارى — الاشارة السابقة وأحكام النقض الايطالى المشار اليه فيه .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٣٤ — مجموعة عمر ١ — ٣٠٧ — ٦٠ .

(٤) أو بعد حكم محكمة النقض بنقض الحكم واحالة القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

(٥) نقض مدنى ١٩٨٢/٣/٥ فى الطعنين رقمى ٢٩٥ و ٣١١ ق . كوستا : بند ٣٦٢ ص ٤٢٠ . فازلارى : الاشارة السابقة .

(٦) نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٥٤٢ — ٧٤ . وانظر ما سبق بند ٣٢١ .

٤ — ترك الخصومة : لا يوجد ما يمنع الطاعن من ترك الخصومة أمام محكمة النقض • على أنه لأن القضية قبل نقض الحكم لا تتعلق بالموضوع ، فان الترك — اذا تم فى هذه المرحلة — يتم دون حاجة لقبول الطرف الآخر ، اذ لا يتصور تقديمه طلبا أو دفعا يتعلق بالموضوع (١)• ومن ناحية أخرى ، فلأن نظام النقض مقرر للمصلحة العامة أكثر مما هو مقرر لمصلحة الخصوم ، فان ترك الطعن بالنقض لا يرتب أثره الا بقرار من المحكمة • ويترتب على هذا القرار انتهاء خصومة النقض وعودة الاطراف الى المركز الذى كانوا فيه قبل الطعن (٢) •

٥ — انقضاء الخصومة بمضى المدة : قد يظن أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق هذا النظام على خصومة النقض ، خاصة أن المادة ١٤٠ تنص على تطبيقه « فى جميع الأحوال » • ولكن المشرع رأى حسم هذه المسألة بنص صريح ، فأضاف فقرة ثانيه الى المادة ١٤٠ — بقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ — تقرر أنه « ومع ذلك ، لايسرى حكم الفقرة السابقة على الطعن بطريق النقض » وبهذا أصبح من المقرر دون لبس عدم خضوع خصومة النقض للانقضاء بمضى المدة (٣) •

٣٩٧ — نطاق قضية النقض : تتميز قضية النقض بأنها ليست القضية التى عرضت على محكمة أول درجة أو على محكمة ثانى درجة ، وانما هى قضية جديدة ينحصر نطاقها فى البحث فى مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون (بصفة عامة) ، على أن تكون المخالفة مما تمسك

---

(١) فازلارى : الاشارة السابقة . ومع هذا أنظر : نقض مدنى ٥ أبريل ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٣ ق . وقد قضى بأنه اذا كانت القضية غير قابلة للتجزئة فلا مصلحة للمطعون عليه فى التمسك بعدم قبول ترك أحد الطاعنين للخصومة أمام محكمة النقض . ونرى انه لا يشترط القبول ولو كان الطاعن التارك واحدا ، أو كانت القضية تقبل التجزئة .

(٢) ساتا : بند ٢٧٩ ص ٣٨٦ . زانزوكى : جزء ثان ص ٣١٣ .

(٣) أنظر : المذكرة الايضاحية لقانون ١٣ لسنة ١٩٧٣ . ويلاحظ أن المادة الثانية من هذا القانون تنص على سريان هذا الحكم أيضا على ما رفع من طعون بالنقض قبل ٥ ابريل ١٩٧٣ .

به الطاعن كسبب للطعن (١) • وللقول بتحقق هذه المخالفة ، يجب أن نحصر نطاق النقض فى النظر الى قضية الموضوع بالحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه ، وذلك لترى محكمة النقض ما اذا كان الحكم فى هذه القضية قد قام فيه سبب من أسباب الطعن • فليس لمحكمة النقض أن تعيد نظر قضية الموضوع ، أو تبحث فى الموضوع • وذلك كله على التفصيل الآتى :

٣٩٨ — اولا : يتحدد نطاق قضية النقض بمحل الطعن دون غيره :
ونتيجة لهذا :

١ — يقتصر نطاق قضية النقض على الحكم المطعون فيه دون غيره من الاحكام الصادرة فى الخصومة • فاذا صدر فى الخصومة حكمان قابلان للطعن بالنقض ، وطعن الطاعن فى حكم منهما فان الطعن لا يشمل الحكم الآخر (٢) • ويكون الامر كذلك ولو كان الحكم غير المطعون فيه صادرا قبل الفصل فى الموضوع • فالمادة ٢٢٩ التى تنص على أن استئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الاحكام التى سبق صدورها فى القضية لا مقابل لها فى الفصل الخاص بالنقض أو فى الأحكام العامة فى الطعن ، ولا يجوز القياس عليها بالنسبة للطعن بالنقض اذ هي خاصة بالاستئناف (٣) • ويؤخذ بنفس الحل ، ولو تعلق الأمر باستئنافين فى خصومة واحدة أحدهما أصلى والآخر فرعى • فاذا رفع نقض عن الحكم فى الاستئناف الأصلى ، ولم يرفع عن الحكم فى الاستئناف الفرعى ، فان النقض يكون مقصورا على موضوع الاستئناف الاصلى (٤) • ومن ناحية أخرى ، لا يقبل من الطاعن تعييب الحكم المطعون

---

(١) نقض مدنى ١٩ ابريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٧٣٩ — ١١٦ •

(٢) نقض مدنى ٢٣ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٤٩٤ — ٧٨ •

(٣) نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١١٠١ — ١٩١ • و ٢٦ فبراير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٨ — ٣ •

(٤) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٢ — ١٨ •

فيه لعيب موجه الى حكم آخر لم يطعن فيه (١) • على أنه يلاحظ أنه اذا طعن فى حكم استئناف ، فان هذا الطعن لا يشمل فقط هذا الحكم بمنطوقه وأسبابه بل أيضا ما أحال اليه من أسباب الحكم الابتدائى اذ تعتبر جزءا من أسبابه (٢) كما يلاحظ ما سبق ذكره من أنه وفقا للمادة ٢/٢٥٣ يعتبر ابداء الطاعن سببا للطعن فى حكم سابق طعنا ضمنيا فى هذا الحكم (٣) •

٢ — لا تشمل قضية النقض كل الحكم المطعون فيه بل فقط الجزء من هذا الحكم محل الطعن • ولهذا اذا اقتصر الطاعن فى طعنه على قضاء الحكم المطعون فيه فى موضوع الاستئناف دون شكله ، فان قضية النقض تقتصر على موضوع الاستئناف ولا تتعداه الى شكله (٤) • فالجزء من الحكم الذى لم يطعن فيه يصبح باتا لا يجوز المساس به • ونتيجة لهذا ، فانه وان جاز للمطعون ضده وللنيابة ولمحكمة النقض اثارة مايتعلق بالنظام العام ، فانه يجب لهذا أن تكون المسألة المثارة تتعلق بالجزء المطعون فيه من الحكم (٥) • على أنه يلاحظ أنه اذا طعن فى قضاء الحكم الوارد فى المنطوق ، فان الطعن يشمل أيضا ما ورد فى الأسباب مما تأسس عليه المنطوق محل الطعن وتناوله الطاعن فى أسباب الطعن (٦) • كما

(١) نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٣٤ — ٤ . ولو كان هذا الحكم صادرا فى نفس الخصومة ، ولو قبل الفصل فى الموضوع ، مادام لم يشمله الطعن (نقض مدنى ١٧ نوفمبر ١٩٧٣ — مشار اليه) .

(٢) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٧٦ — ١٣٨ .

(٣) ما سبق بند ٣٨٨ .

(٤) نقض مدنى ٧ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٣٢٣ — ١٨٢ .

(٥) فاذا كان الطعن يتعلق بالموضوع دون الاختصاص ، فليس للمطعون ضده التمسك فى دفاعه بعدم ولاية جهة المحاكم . (نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٦٤ — ٨٨) .

(٦) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ٩٤٦ — ١٥٩ (وكان القضاء هو قبول الدفع باعتبار الاستئناف كان لم يكن تأسيسا على ما ورد فى الأسباب من قبول الدفع ببطلان صحيفة الاستئناف .. فقررت محكمة النقض أن الطعن يعتبر موجها الى قضاء الحكم فى الدفعين) .

يلاحظ أنه اذا طعن بالنقض فى الحكم الصادر فى شق هو أساس النزاع ، فانه يتعين نقض الشق الآخر المبنى على الشق الاول ، ولو لم يكن محلا للطعن (١) .

٣ ــ لا يجوز للمطعون ضده التمسك أمام محكمة النقض بالدفوع التى سبق له ابداؤها أمام محكمة الموضوع وقضت برفضها . فاذا حدث مثلا أن تمسك المطعون ضده بالنقض ، أمام محكمة الاستئناف ، باعتبار الاستئناف كأن لم يكن ، فرفضت المحكمة هذا الدفع ، وقضت لصالحه فى الموضوع ، فليس له أن يعود فيتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض . اذ فى هذا توسيع لنطاق قضية النقض عما رفع عنه الطعن مما لا يجيزه القانون (٢) . ويكون الأمر كذلك ولو كان هذا الدفع يتعلق بالنظام العام (٣) .

٤ ــ ليس للمطعون ضده تقديم طعن فرعى . اذا خسر المطعون ضده جزئيا أمام محكمةالاستئنا ف ، وطعن خصمه فى الحكم بالنقض ، فان هذا الطعن لا يطرح أمام محكمة النقض الا الجزء من الحكم الذى صدر ضد الطاعن ، ولا يطرح عليها الجزء الذى اشتمل على خسارة المطعون ضده الا اذا طعن هذا الأخير فى الحكم بالنسبة لهذا الجزء . وتجيز بعض التشريعات تقديم طعن فرعى بالنقض وتنظمه (٤) . ولكن

---

(١) نقض عمال ١٩٨٥/٢/٢٤ فى الطعن رقم ١٢٥٥ لسنة ٥٤ ق . (الشق الاول هو الحكم للطالب بالاحقية للترقية الى درجة معينة ، والشق الثانى هو طلب فروق بدل طبيعة العمل محسوبة على الفئة التى قرر الحكم احقيته لها) .

(٢) نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ ٩١٩ ــ ١٤٠٣ (وكان قانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ يسمح للمطعون ضده بهذا ولكن الغى هذا الحق بموجب قانون ١٠٦ لسنة ١٩٦٢).

(٣) نقض مدنى ٥ يونيو ١٩٦٨ ــ مجموعة النقض ١٩ ــ ١١١٦ ــ ١٦٦ .

(٤) القانون اللبنانى (مادة ٧٩ تنظيم قضاء لبنانى وما بعدها) وفى شرحه : قانون القضاء المدنى اللبنانى ــ للمؤلف ــ بند ٤٣٣ ص ٩٧١ . والقانون الايطالى (مادة ٣٧١ اجراءات مدنية) وفى شرحه : ساتا : تعليق ــ كتاب ثانى ــ جزء ثانى ص ٢٤٥ .

القانون المصرى لا ينظم مثل هذا الطعن (١) . ولهذا يجب أن يقدم طعن المطعون ضده فى ميعاد الطعن بالنقض وباجراءاته العادية . وهو — لهذا — لا يتأثر بما يعيب الطعن الأصلى من بطلان .

٣٩٩ — ثانيا : لا تمتد قضية النقض الى نظر الموضوع : وتتيجة لهذا :

١ — لا تقبل الطلبات الجديدة : لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض سواء من الطاعن أو من المطعون ضده أو من الغير ، بطلبات موضوعية لم تسبق اثارتها محكمة الموضوع . فالطلبات الجديدة أن كانت لا تجوز أمام الاستئناف ، فهى لا تجوز — من باب أولى — أمام محكمة النقض اذ هى لا تنظر الموضوع (٢) .

٢ — لا تقبل الاسباب القانونية الجديدة التى يخالطها واقع : يمتنع التمسك أمام محكمة النقض بمسائل تقتضى من محكمة النقض القيام ببحث يتعلق بوقائع القضية (٣) وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية واصفة المسألة الجديدة عندئذ بأنها « يخالطها واقع » أو أنها تقوم « على عنصر واقعى » أو تتعلق « بأمر موضوعى » وأنها لهذا تعتبر « سببا جديدا » لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض . ويكون الامر كذلك ولو كانت المسألة الجديدة تعتبر وسيلة من وسائل الدفاع فى القضية ولا تحتوى على طلب جديد (٤) . كما يستوى أن يكون العنصر الواقعى الذى تقوم عليه من عناصر الحق الموضوعى أو مما يتعلق بالدعوى أو باجراءات

---

(١) على عكس الحال بالنسبة للاستئناف . ما سبق بند ٣٧٢ . وانظر المذكرة التفسيرية لقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ .

(٢) فنسان : بند ٦٧١ ص ٨٦٨ . ولا ترد هنا الاستثناءات المقررة بالنسبة للاستئناف ولهذا لا تجوز المطالبة لاول درجة او امام محكمة النقض بالفوائد المستحقة بعد قفل باب المرافعة أمام أول درجة او أمام الاستئناف .

(٣) ساتا : تعليق — الكتاب الثانى — الجزء الثانى ص ٢١٤ .

(٤) موريل : بند ٦٦٦ ص ٥١٣ . نقض ايجارات ٢٩ /١٩٨٤/١٠ فى الطعن ١٠٨٣ لسنة ٥٣ ق و ١٩٨٠/٢/٢٠ — فى الطعن رقم ٦٤٢ لسنة ٤٦ ق . و نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٦٣١ — ١٢٥ . و ٣ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٧٢ — ٦٧ .

الخصومة السابقة على تلك التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض (١)، أو التى صدر فيها هذا الحكم باستثناء ما يتعلق بهذا الحكم (٢) • ولايجوز التمسك بمسألة جديدة يخالطها واقع ، اجرائية أو موضوعية ، ولو كانت هذه المسألة متعلقة بالنظام العام (٣) •

---

(١) فلا يجوز التمسك لاول مرة أمام محكمة النقض بتقادم الدعوى (٢٩ فبراير ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ — ٤٦٠ — ٦٧) ، أو بوجود مانع يتعذر معه المطالبة بالحق ومن ثم بوقف سريان التقادم (نقض مدنى ٣٠ أبريل ١٩٧٩ — فى الطعن رقم ٥١٢ لسنة ٤٦ ق) أو بالاستناد الى قاعدة الاثراء بلا سبب فى طلب التعويض اذ يتطلب اثبات ماعاد من منفعة على المطعــون ضده وهو واقعة جديدة (نقض عمال ٤ مارس ١٩٨٠ — فى الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ ق) أو بالصورية (٣٠ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٨٥ — ٩٠) أو ببطلان اعلان التنبيه بانهاء العقد (نقض مدنى ٣ مارس ١٩٨١ فى الطعن ١٣٩١ لسنة ٤٧ ق . ، أو بزوال البطــلان بالاجازة (١٥ فبراير ١٩٧٠ — مجموعة النقض — ٢٣ — ١٦٢ — ٢٥) ، أو ببراءة الذمة (١٥ يناير ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٣٩ — ٧) ، أو بالحق فى حبس الريع (٢٣ فبراير ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٤٩٥ — ٧٤) ، أو بانعدام صفة الخصم فى الدعوى (٩ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩١٤ — ١٣٦) ، أو ببطلان اعلان ورقة محضرين (٣ مارس ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٧٢ — ٦٧ . و ٢٦ ديسمبر ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ — ١٥٨٨ — ٢٤٢) أو بعدم الاختصاص القيمى (نقض ١٩٨٥/٦/٦ فى الطعن رقم ١٩١٤ لسنة ٥١ ق و ٩ يناير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٥٣—١١) ، أو عدم صحة حكم اول درجة لعدم كفاية اسبابه (٢٢ فبراير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٣٤٨ — ٤٩) أو لخلوه من بيان أن القضاه الذين سمعوا المرافعة واشتركوا فى المداولة هم الذين وقعوا على صورة الحكم . (نقض مدنى ١٩٨١/١١/١٥ فى الطعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٧ ق .) أو التمسك بخصوص بدء ميعاد الاستئناف بأن الحكم الابتدائى قد صدر غيابيا (نقض مدنى ١٨ ديسمبر ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٤٦٢ — ٢٤٨) أو بأن الاعلان للنيابة باطل لعدم القيام بتحريات عن موطن المدعى عليــه (نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٧٠ — فى الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٣٤ ق). أو بأن المحضر لم يثبت فى محضره الخطوات التى اتبعها فى الاعلان (نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٣١٠ — ٢٢٦) ، أو ان يبين اعتراضا على شخص الخبير أو على عمله (نقض مدنى ١٠ نوفمبر ١٩٧٦ — فى الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٤٢ قضائية) . أو بقيام صلة مانعة من الشهادة (نقض احوال شخصية ١٩٨٤/٦/٢٦ فى الطعن رقم ٦٥ لسنة ٥٢ ق .) أو بأن الطاعن قد ترك دعواه — قبل الطعن — أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٢٦ — ٣٠٤) .

(٢) اذ ما يتعلق بهذا الحكم لم يكن من الممكن اثارته — امام المحكمة التى اصدرته — قبل الطعن بالنقض .

(٣) نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٣٩٤ —

=

وعلى العكس ، فانه لا يمتنع على محكمة النقض بحث المسألة القانونية الجديدة اذا كان هذا البحث لا يقتضى بحثا فى الموضوع ولا يفترض وقائع غير التى أثيرت أمام محكمة الموضوع (١) • فلا يهم ان يكون وجه النعى على الحكم لم تسبق اثارته أمام محكمة الموضوع ، فهذا فى ذاته لا يجعله غير مقبول ما دام متعلقا بسبب قانونى كانت عناصره الواقعية مطروحة على هذه المحكمة (٢) •

ويلاحظ أن المسألة يخالطها واقع ، ولو لم تكن تقتضى بحثا للوقائع لم يسبق القيام به أمام محكمة الموضوع ، اذا كانت تنطوى على تمسك بقاعدة قانونية جديدة تقتضى تقديرا جديدا من جانب محكمة النقض للوقائع يختلف عن التقدير الذى طلب من محكمة الموضوع • فاذا طولب أمام محكمة الموضوع بالتعويض عن خطأ تعاقدى ، فلا يجوز الادعاء

=

٢٦٤ . و ٢٤ ديسمبر ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٦٧٣ — ٣١٢ . و ٩ مايو ١٩٦٨ — مجموعة النقض ١٩ — ٩١٤ — ١٣٦ (لا يجوز الدفع بالاختصاص القيمى ، وان تعلق بالنظام العام ، لاول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع وهو التحقق من قيمة العقار المقرر عليه الحق محل النزاع) . نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٦٨٥ — ١١٠ (لا يجوز النعى ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم التوقيع عليها من محام مقبول للمرافعة امام محاكم الاستئناف لانه يقوم على عنصر واقعى هو التحقيق مما اذا كان المحامى الموقع على الصحيفة كان مقررا او غير مقرر أمام محكمة الاستئناف عند توقيعه عليها . وهو ما كان يجب عرضه على محكمة الموضوع) . نقض مدنى ٢٨ مارس ١٩٦٣ مجموعة النقض ١٤ — ٤٩١ — ٦١ (لا يجوز التمسك ببطلان العقد مطلقا بسبب تأبيد المنفعة الناشئة عن حيازة الاطيان ، لاول مرة أمام محكمة النقض رغم تعلقه بالنظام العام ، اذ الامر يتعلق بمنازعة جديدة لم يسبق ابداؤها امام محكمة الموضوع) . نقض مدنى ١٢ ديسمبر ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٤٥ ق . (لا يجوز اثارة عدم صلاحية القاضى لسبق ابدائه فتوى فى النزاع لاول مرة امام النقض اذا تعلق بواقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع رغم تعلقه بالنظام العام) .

(١) زانزوكى جزء ثان ص ٢٨٩ وحاشية ٣٧ .

(٢) نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ١٠٧٨ — ٢٠٦ . و ١٣ ابريل ١٩٨١ فى الطعن رقم ٤١١ لسنة ٤٩ ق .

أمام محكمة النقض أن أساس التعويض المطلوب هو خطأ تقصيرى (١) .

واذا تمسك الطاعن بمسألة يخالطها واقع أمام محكمة النقض بزعم أنها ليست جديدة ، فعليه أن يقدم الدليل على أنه سبق له اثارتها أمام محكمة الموضوع (٢) .

٣ — لا تقبل أدلة الاثبات الجديدة : لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بدليل اثبات ، ولو كان محررا مكتوبا ، لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع (٣) ، الا اذا تعلق بمسألة يمكن طرحها لاول مرة أمام محكمة النقض .

٤٠٠ — ثالثا : ما تتسع له قضية النقض : مع ملاحظة ما تقدم ، تتسع قضية النقض لكل ما يتعلق بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، كما تتسع لكل ما يتعلق باجراءات خصومة النقض :

١ — لمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها العيوب التى كان يجب على محكمة الموضوع اثارتها من تلقاء نفسها ، لتعلقها بالنظام العام . اذ ان عدم اثارة هذه المحكمة لهذه العيوب يعتبر منها مخالفة للقانون تعيب الحكم المطعون فيه ، ولكل من طرفى الطعن — لهذا — التمسك بهذه

---

(١) ساتا : تعليق — كتاب ثان — جزء ثان ص ٢١٥ . واذا طولب بالتعويض على أساس الاخلال بالالتزام بضمان التعرض ، فلا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بأن يكون أساس التعويض المطلوب هو اخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع . (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٤ — ٦٣١ — ٨٩) . ولهذا ايضا اذا كان هناك اقرار معين لم يتمسك به الطاعن قبل ذلك ولم يطلب اعمال اثره كأساس لدعواه ، فليس له أن يطلب لاول مرة أمام محكمة النقض اعمال اثر الاقرار المذكور كاساس للحكم بطلباته (نقض ايجارات ١٩٨١/١٢/٢١ فى الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٤٧ ق .

(٢) نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٧٣ — مشار اليه . و ٢١ فبراير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٤٤ — ٦٦ . و ٣١ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٢٥٩ — ٤٥ . واول مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٢٧٧ — ٤٤ .

(٣) نقض ايجارات ١٩٨٢/١/١٤ فى الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤٧ ق . ونقض مدنى ١٦ ابريل ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٥٥٦ — ٩٠ .

العيوب . ومن هذه انقضاء ميعاد الاستئناف أو انتفاء ولاية جهة القضاء(١) على أنه يشترط لهذا :

(أ) أن يكون العيب متعلقا بالجزء المطعون عليه من الحكم . فاذا اقتصر الطعن على ما قضى به الحكم فى الموضوع ، فليس لمحكمة النقض أو لأى من طرفى الطعن التمسك بانتفاء الولاية (٢) . اذ يتحدد نطاق النقض — كما قدمنا — بالجزء من الحكم محل الطعن .

(ب) أن يكون تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم فى الدعوى جميع العناصر التى تتمكن بها من الالمام بهذا السبب المتعلق بالنظام العام (٣) . فاذا كانت العناصر التى أمامها لا تتضمن ما يسمح لها بمعرفة الوقائع التى ينشأ عنها هذا السبب ، فلا يمكن أن تكون محكمة الموضوع مخطئة فى عدم اثارته من تلقاء نفسها . ولهذا لا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (٤) .

(جـ) ألا تكون اثارة هذه المسألة أمام محكمة النقض يعتبر اثارة لمسألة جديدة يخالطها واقع . وفقا لما سبق بيانه .

٢ — للطاعن ، وهو يتمسك بأحد أسباب الطعن ، أن يتمسك بجميع ما يلزمه — لاقامة طعنه — من وسائل دفاع لا تتعلق بالموضوع ، ولا يخالطها واقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع . أو أن يعيد دفوعه ووسائل دفاعه التى سبق عرضها على محكمة الموضوع . وله دائما التمسك

---

(١) نقض مدنى ١٦/٥/١٩٨١ — فى الطعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٠ ق . ساتا : تعليق — الكتاب الثانى — الجزء الثانى ص ٢١٤ . زانزوكى : جزء ثان ص ٢٩٣ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٥٦٤ — ٨٨ .

(٣) نقض ايجارات ٢٢/٢/١٩٨٢ فى الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٤٧ ق .

(٤) موريل : بند ٦٦٦ ص ٥١٣ : ديباش : مشار اليه بند ١٢١ ص ١٠٨ فنسان : بند ٦٧١ ص ٨٦٨ . ولهذا لا يجوز التمسك بسبب جد بعد الحكم المطعون فيه . نقض مدنى ٥ مارس ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٢٨٩ — ٤٩ . و ١٦ يونيو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ١٣٩٩ — ١٩٣ .

بوسائل الدفاع المستمدة من عيوب الحكم المطعون فيه ، اذ هذه لم يكن من الممكن اثارتها أمام القاضى مصدر الحكم (١) . كما أن للطاعن أن يقدم أدلة الاثبات اللازمة لدفاعه على أن تقتصر على الاوراق ، وأن تتعلق فقط بالعيوب الاجرائية التى ينسبها الى الحكم أو الى الاجراءات السابقه عليه (٢) .

٣ — للمطعون ضده أن يعارض الطعن ، على أن يكون هذا فى نطاقه (٣) . فله أن يعيد أمام محكمة النقض الدفوع ووسائل الدفاع التى سبق لمحكمة الموضوع قبولها منه — صراحة أو ضمنا (٤) — ليؤكد عدم تعيب الحكم المطعون فيه ، أو أن يقدم دفوعا يعارض بها سلطان محكمة النقض بالنسبة لنقض الحكم . وله فى سبيل هذا التمسك بنصوص وأسانيد قانونية جديدة لم يسبق له التمسك بها ، لكى يحصل على تأكيد أو تعديل للاسباب القانونية للحكم المطعون فيه والذى يريد تأييد منطوقه (٥) .

٤ — تتسع قضية النقض لكل ما يتعلق بالاعمال الاجرائية المكونة لخصومة النقض . ولمحكمة النقض أن تثير من تلقاء نفسها بطلان أى عمل من هذه الاعمال اذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، كما أن لها أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الحكم للطعن فيه بالنقض لصدوره مثلا من محكمة أول درجة أو لقبوله من المحكوم عليه (٦) ولذى الشأن من الخصوم التمسك بعيوب خصومة النقض ، والتقدم بأدلة اثبات متعلقة بهـا .

---

(١) ديباش : مشار اليه بند ١٢٣ ص ١٠٩ .

(٢) ساتا : بند ٢٨١ ص ٣٧٩ . زانزوكى : جزء ثان ص ٢٨٩ — ٢٩٠ .

(٣) كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٤١٥ س ٦٠٨ .

(٤) أو التى اثارها قاضى الموضوع من تلقاء نفسه (ديباش : الاشارة السابقة) .

(٥) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٩١ . فنسان : بند ٦٧١ ص ٨٦٨ . موريل : بند ٦٦٦ ص ٥١٣ .

(٦) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٩٤ . فنسان : تعليق — كتاب ثانى — جزء ثانى ص ٢١٣ .

٤٠١ ــ الحكم فى الطعن بالنقض واثاره : يأخذ حكم النقض شكل الأحكام ويخضع لقواعد صدورها (مادة ٢٧٣) • ورغم أنه لا يقبل الطعن بأى طريق ، فانه يجب تسبيبه (١) • واذا كان هناك أكثر من طعن ضد نفس الحكم ، فعلى المحكمة أن تفصل فيها معا الا اذا كانت الطعون مبنية على أسباب ذات طبيعة مختلفة (٢) • ويمكن أن يصدر الحكم فى النقض بأحد الأمور الآتية :

٤٠٢ ــ (أ) عدم قبول الطعن شكلا او عدم جواز نظره او رفضه لان اسبابه على غير اساس : ويترتب على الحكم بأحد هــذه الأمور أن تلزم المحكمة الطاعن بالمصاريف الى جانب مصادرة الكفالة المودعة منه كلها أو بعضها • فاذا رأت المحكمة أن الطعن قد أريد به الكيد ، فلها ، فضلا عما تقدم ، الحكم للمطعون ضده ــ بناء على طلبه ــ بالتعويض ، وفقا للقواعد العامة (مادة ٢٧٠) (٣) • ويلاحظ أن لمحكمة النقض أن ترفض الطعن ، وتصحح أسباب الحكم المطعون فيه اذا كان منطوق الحكم موافقا للقانون وأسبابه القانونية معيبة • فعندئذ تستكمل محكمة النقض ما وقع فى الحكم المطعون فيه من قصور أو خطأ فى تقريراته القانونية (٤)، أو تستبدل بها غيرها (٥) • على أنه يجب أن يتم التصــحيح للاســباب بالنظــر الى الوقائع التى أكدها الحكم المطعون فيه • فلا يجوز استعمال هذه السلطة اذا لم توجد أسباب على الاطلاق أو لم تكن هنــاك وقائع قد تأكدت ، أو كانت هذه الوقائع متناقضة ، أو كان العيب فى الاسباب الواقعية كالعيب مثلا فى تقدير الادلة (٦) •

---

(١) دونوفريو : جزء أول بند ٧٤٧ ص ٦٦٣ •

(٢) الاشارة السابقة •

(٣) واختصاص محكمة النقض بطلب الحكم بالتعويض هو اختصاص اضافى لا يسلب المحكمة المختصة اصلا طبقا للقواعد العامه اختصاصها بنظره . (نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ ــ فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق •).

(٤) نقض مدنى ٢٠ مايو ١٩٦٥ ــ مجموعة النقض ١٦ ــ ٦٠٢ ــ ٩٨ •

(٥) نقض مدنى ١١ يونيو ١٩٦٤ ــ مجموعة النقض ١٥ ــ ٨٠٤ ــ ١٢٧ • وانظر ما سبق بند ٣٨٣ والاحكام المشار اليها فيه.

(٦) دونوفريو : جزء أول بند ٧٥٠ ص ٦٦٧ ــ ٦٦٨ •

واذا حكم بعدم قبول الطعن أو بعدم جوازه أو برفضه ، فليس للطاعن ، ولو كان ميعاد الطعن ممتدا ، أن يطعن فى الحكم بالنقض من جديد ، ولو لأسباب جديدة (١) .

٤٠٣ ـ (ب) قبول الطعن ونقض الحكم : ولا تلزم المحكمة فى سبيل نقض الحكم ببحث جميع أسباب الطعن اذا رأت فى أحد هذه الأسباب ما يكفى لنقضه (٢) . وهى تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه (مادة ٢٦٨) . على أنه اذا أنصب الطعن أو أسبابه على جزء من الحكم . فان النقض لا يرد الا على ما تناوله الطعن أو أسبابه ، دون باقى أجزاء الحكم الأخرى التى لم تكن محلا للطعن (٣) . ويسمى النقض الوارد على بعض الحكم بالنقض الجزئى .

على أنه يلاحظ أن اعتبار النقض كليا أو جزئيا رهين بما تعلقت به اوجه الطعن من قضاء الحكم المنقوض . وأن اكتفاء محكمة النقض فى نقض الحكم بأحد أوجه الطعن لا يعتبر نقضا جزئيا اذ هو لا يعتبر رفضا لما رأت محكمة النقض محلا لبحثه من الطاعن ، ولا اقرارا لما تعلق من قضاء الحكم المنقوض بتلك المطاعن (٤) .

ويترتب على نقض الحكم :

١ ـ اعتبار الحكم المطعون فيه كأن لم يكن . فيزول ، وتزول جميع آثاره المترتبة عليه . ويعود الخصوم الى مراكزهم القانونية السابقة على صدور الحكم المنقوض . وتترتب هذه النتيجة كأثر قانونى لحكم النقض ، سواء صرح الحكم به أو لم يصرح (٥) . على أنه اذا كان النقض جزئيا ،

---

(١) فنسان : الاشارة السابقة . زانزوكى : جزء ثان ص ٣٠٧ .
(٢) نقض مدنى ١٩ ابريل ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٧٣٩ ـ ١١٦ .
(٣) نقض مدنى ٢٤ أبريل ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ٦٧٦ ـ ١٠٩ .
(٤) نقض احوال شخصية ١٩٨٤/٥/٢٩ فى الطعن رقم ٤٨ لسنة ٥٣ ق
(٥) نقض مدنى ١٤ مارس ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ٤٠١ ـ ٦٣ .

فيزول الجزء المنقوض فقط ويبقى الحكم نافذا بالنسبة للاجزاء الاخرى . مع ملاحظة أنه رغم نقض جزء من الحكم ، فانه يترتب على هذا النقض زوال أجزاء الحكم الاخرى اذا كانت معتمدة على هذا الجزء (٢٧٦/٢)، أى اذا كان بينها وبين هذا الجزء ارتباط وتبعية (١) هـذا ولو لم يشر اليها الطاعن أو ينقضها الحكم صراحة (٢) .

ومن ناحية أخرى ، فانه اذا تعدد الخصوم ونقض الحكم بالنسبة للبعض فان هذا النقض يؤدى الى نقض الحكم بالنسبة للاخرين فى الحالات التالية :

(أ) اذا توافرت احدى الحالات التى تنص عليها المادة ٢١٨/٢ ، كما لو كان الموضوع غير قابل للتجزئة ، فعندئذ يجب ـ كما قدمنا ـ لقبول الطعن أن يكون جميع الخصوم أطرافا فى الطعن بالنقض . وعندئذ ليس للمحكمة أن تنقض الحكم بالنسبة لبعض الطاعنين دون البعض الآخر . فهى لا تنقض الحكم الا بالنسبة للجميع (٣) .

(ب) اذا توافرت الحالة التى تنص عليها المادة ٢١٨/٣ . وهى صدور حكم فى الدعوى الاصلية ضد الضامن وطالب الضمان ، وكان دفاعهما فيها واحدا ، فانه اذا طعن أحدهما بالنقض ، ولم يتدخل الآخـر فى الطعن ، ونقض الحكم ، فان الحكم بالنقض بالنسبة للطاعن يؤدى الى نقضه بالنسبة للاخر رغم أنه لم يطعن فى الحكم أو يتدخل فى الطعن (٤) .

(جـ) رغم عدم توافر حالة من الحالات التى تنص عليها المادة ٢١٨ ، اذا كان هناك ارتباط بين المركز القانونى للخصم الطاعن ، ومركز غيره

---

(١) نقض مدنى ١٣ ابريل ١٩٨١ ـ فى الطعن رقم ٤١١ لسنة ٤٩ ق .

(٢) نقض مدنى ١٨ فبراير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٣٥١ ـ ٥٨ . و ٥ ديسمبر ١٩٧٨ ـ فى الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٣ ق . (نقض الحكم فيما قضى به من رفض طلب الفسخ يؤدى الى نقضه فيما قضى به من صحته ونفاذه) . موريل : بند ٦٧٧ ص ٥٢١ . زانزوكى : جزء ثان ص ٣١٠ .

(٣) نقض مدنى ١٣ مارس ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٥٩٠ ـ ١١٨ . و ٢٨ مارس ١٩٧٨ ـ فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٤ ق .

(٤) نقض مدنى ٣٠ مارس ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٧٠٢ ـ ١٣٧ .

من الخصوم الذين لم يطعنوا فيه ، فانه يترتب على نقض الحكم بالنسبة للطاعن نقضه بالنسبة للاخرين ولو لم يطعنوا فيه (١) .

واذا طعن أحد الخصوم فى الحكم بالنقض ، فقضى بنقضه ، ثم أقام خصم آخر طعنا بالنقض عن ذات الحكم واختصم فيه نفس الخصوم فى الطعن الاول ، فانه يترتب على نقض الحكم نتيجة للطعن الاول ، أن الطعن الثانى يكون غير ذى محل مما يتعين معه الحكم بانهاء الخصومة لانعدام محلها (٢) .

٢ — الغاء جميع الأعمال والأحكام اللاحقة على الحكم المطعون فيه أيا كانت الجهة التى أصدرتها « متى كان هذا الحكم أساسا لها » (١/٢٧١) (٣) . ويتم هذا الالغاء بحكم القانون كأثر لحكم النقض دون حاجة الى حكم آخر يقضى به ، ولو كان حكم بالنقض لم يشر الى كل حكم لا حق اتخذ أساسا له الحكم المنقوض (٤) . كما يمتد الى أعمال

---

(١) انظر : نقض مدنى ٢٠ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٤٦ — ١٦٤ (متى كان هناك ارتباط بين مركز مصلحة الضرائب — الطاعنة — وبين مركز البنك الذى احتجز ضريبة القيم المنقولة تطبيقا لاحكام القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ بحيث لا يستقيم عقلا نقض الحكم بالنسبة لمصلحة الضرائب وبقاؤه بالنسبة للبنك فان نقض الحكم لصالحها يستتبع نقضه بالنسبة للبنك ولو لم يطعن فيه) . نقض مدنى ٨ يونيو ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٨٤٤ لسنة ٤٣ ق . (اذا صدر حكم بالزام ورثة المدين بأداء التعويض من تركته ، وطعن احدهم فى هذا الحكم بالنقض ، فان نقض الحكم يمتد اثره الى باقى الورثة) .

(٢) نقض ايجارات ١٩ نوفمبر ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٠٣١ لسنة ٤٧ ق

(٣) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٢٠ — ٨٤ . و ١١ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٣٠٤ — ٤٧ .

(٤) نقض عمال ١٩٨٢/١/٢ فى الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٦ق . ونقض مدنى اول نوفمبر ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٤٤ ق . وتطبيقا لهذا قضى بأن الحكم بقبول الاستئناف شكلا يستتبع الغاء الحكم الصادر فى موضوع الاستئناف (نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٢٨٢ — ٤٩ . و ٣ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١٠٧١ — ١٦٧) . وان نقض الحكم بالزام شركة بدين معين يستتبع الغاء الحكم الصادر بشهر افلاس الشركة المؤسس على توقفها عن دفع هذا الدين . (نقض مدنى ٢٦ مايو ١٩٦٦ — مجموعة النقض ٧١ — ١٢٤٦ — ١٧١) .

التنفيذ التي تمت بناء على هذا الحكم • فاذا كان الحكم قد نفذ جبرا أصبح التنفيذ على غير أساس ، وتكون جميع ما اتخذ من اجراءات التنفيذ باطلة (١) • ويكون حكم النقض سندا صالحا لاعادة الحال الى ما كان عليه قبل التنفيذ الجبرى (٢) •

وسواء نقضت المحكمة الحكم كله أو بعضه ، فانها تحكم فى المصروفات (٢٦٨) •

٤٠٤ — مضمون الحكم بالنقض وسلطة المحكمة بعد النقض يختلف مضمون الحكم بالنقض وسلطة المحكمة حسب الفروض الآتية :

اولا : النقض لمخالفة قواعد الولاية او الاختصاص : هنا تقوم المحكمة بالفصل فى مسألة الولاية أو الاختصاص • فاذا نقضت الحكم لمخالفته قواعد الولاية أو الاختصاص فانها تحدد الجهة ذات الولاية أو المحكمة ذات الاختصاص (١/٢٦٩) ويقتصر الامر عند هذا الحد ، فلا تقوم محكمة النقض باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة بل على الخصم — ان شاء — أن يرفع الدعوى أمام هذه المحكمة • وتلتزم المحكمة التى ترفع اليها الدعوى بتحديد الولاية أو الاختصاص الذى تضمنه حكم النقض •

=

وأن نقض الحكم الصادر فى الاستئناف يؤدى الى الغاء الحكم الصادر بعدم جواز الاستئناف تأسيسا على سبق صدور ذلك الحكم فى استئناف رفع عن ذات الحكم . (نقض مدنى ٢٠ فبراير ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ٢٥١ — ٤٤) وأن نقض الحكم بفسخ العقد يؤدى الى نقض الحكم برفض دعوى صحة العقد استنادا الى الحكم بفسخه (نقض مدنى اول فبراير ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٥٠٠ لسنة ٤٠ ق) . وان نقض الحكم الصادر برفض الدفع بعدم جواز استئناف هذا الحكم يترتب عليه نقض الحكم الصادر من بعد برد وبطلان عقد البيع (نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٦٦ — ١٧٢) •

(١) نقض مدنى ١٣ يونيو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ١١٠٩ — ١٧٥ (وبالتالى يتعين رد ما قبض أو حصل تسليمه من مال أو عقار نتيجة للحكم . وليس يجب رد الاصل فحسب بل يجب ايضا رد فوائد النقود وثمار العقار من يوم اعلان صحيفة الطعن بالنقض الى حائز العقار) .

(٢) التنفيذ الجبرى للمؤلف بند ٢٣ .

٤٠٥ — ثانيا : النقض لغير مخالفة قواعد الولاية او الاختصاص : يكون لمحكمة النقض اما أن تقوم هى بنظر الموضوع أو أن تحيل القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد ، على التفصيل الآتى :

٤٠٦ — (أ) نظر محكمة النقض لموضوع القضية : القاعدة التقليدية التى استقرت فى القانون الفرنسى منذ سنة ١٧٩٠ ، وانتقلت منه الى غيره من التشريعات ، أن محكمة النقض ليس لها بعد نقض الحكم أن تنظر موضوع القضية • وأساس هذا أن محكمة النقض — عندئذ — لم تكن هيئة قضائية ، فليس لها أن تصدر قضاء • ولكن هذا الاساس لم يعد قائما ، فليس هناك شك فى الطبيعة القضائية لاحكام النقض • ولهذا بدأت التشريعات المختلفة تعدل عن هذا المبدأ ، على أساس أن منع محكمة النقض من الحكم فى الموضوع يتعارض مع مبدأ الاقتصاد فى الخصومة[1] وقد ذهبت بعض التشريعات الى حد اعطاء محكمة النقض سلطة — واجب الحكم فى موضوع القضية فى جميع الاحوال[2] ، ولكن القانون المصرى لم يذهب الى هذا المدى فلم يوجب على محكمة النقض نظر الموضوع الا فى حالتين (مادة ٢٦٩/٤) :

١ — اذا كان الموضوع صالحا للفصل فيه • والمقصود بذلك أن يكون التأكيد الواقعى الذى سبق تقريره من محكمة الموضوع صحيحا وكاملا بحيث لا مجال أمام محكمة الموضوع — اذا أحيلت اليها القضية بعد النقض — الى تغيير أو اضافة • فعندئذ اذا نقض الحكم فلا مبرر للاحالة اذ تلتزم محكمة الاحالة بتطبيق قضاء النقض دون حاجة لأية اجراءات أو تأكيدات لاحقه متعلقة بالموضوع • فتكون الاحالة فى هذا الفرض مضيعة للوقت ، والاولى أن تقوم محكمة النقض بتطبيق المبدأ الذى قررته على وقائع القضية[3] •

---

(١) Ricci (Edoardo) : riv proc 1968. pp. 711-720.

(٢) القانون اللبنانى . انظر المادة ٨١ من قانون تنظيم القضاء . وفى شرحها : قانون القضاء المدنى اللبنانى — للمؤلف — بند ٤٣٤ ص ٦٧٣ —

(٣) ساتا : تعليق — كتاب ثان — جزء ثان ص ٢٦٩ .

٢ — اذا كان الطعن للمرة الثانية : فاذا نقض الحكم ، وأحيلت القضية الى المحكمة التى أصدرته ، ولم تلتزم هذه المحكمة بالمبدأ القانونى الذى قررته محكمة النقض ، أو وقع فى حكمها عيب من أسباب النقض ، وطعن فى الحكم بالنقض مرة أخرى ، وكان الطعن ينصب على ما طعن عليه فى المرة الاولى ، فان محكمة النقض عندئذ تقوم بعد نقض الحكم للمرة الثانية بنظر موضوع القضية (١) • وهى تنظر الموضوع ولو كان غير صالح لنظره ، أى ولو كان يحتاج الى اجراءات أو تأكيدات واقعية لا تقوم بها الا محكمة الموضوع • وعندئذ تقوم محكمة النقض بوظيفة محكمة الموضوع كاملة ، وهى اذ تحكم فى الموضوع تكون لها جميع السلطات التى لمحكمة الموضوع التى نقض حكمها • وتلتزم محكمة النقض بالمبدأ القانونى الذى قررته فى حكمها السابق بالنقض •

٤٠٧ — (ب) احالة القضية الى المحكمة التى نقض حكمها فى غير الحالتين السابقتين ، لا تنظر محكمة النقض الموضوع ، بل عليها أن تحيل القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه • سواء كانت هذه محكمة استئناف وهو الغالب ، أو محكمة أول درجة • ويمكن أن تنظر القضية من هذه المحكمة من نفس الدائرة التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو من دائرة أخرى • على أنه يجب — فى جميع الاحوال — الا يكون ضمن أعضاء الدائرة التى تنظر القضية أحد القضاة الذين اشتركوا فى اصدار الحكم المطعون فيه (٣/٢٦٩) • اذ مثل هذا القاضى يعتبر غير

---

(١) نقض ايجارات ٣٠ يناير ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٦٣٧ لسنة ٥٤ ق. ولهذا فانه اذا اقتصر الطعن الاول على النعى على ما قضى به الحكم بشأن عدم سماع الدعوى ، وورد الطعن الثانى على القضاء فى الموضوع وهو مالم يكن معروضا اصلا فى الطعن الاول ، فانه لا تتوافر هذه الحالة ، ويتعين احالة القضية مرة اخرى . (نقض احوال شخصية اول نوفمبر ١٩٧٨ — الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق . ونقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق) . وانظر تطبيقا آخر فى نقض ايجارات ١٢/١١/٨٤ فى الطعن ١٣٢٧ و ١٤٦٧ لسنة ٥٣ ق . (لسنة ٥٣ ق .) الطعن الأول كان على ما قضى به فى الادعاء بالتزوير وفى الموضوع بحكم واحد ، والطعن الثانى على احالة الحكم المطعون فيه فى قضائه فى الموضوع على أسباب حكم منقوض) .

صالح لنظر الدعوى (مادة ١٤٦) . ولا تعود القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه تلقائيا كأثر للحكم بالاحالة ، بل يكون ذلك بناء على طلب تعجيل من ذى المصلحة من الخصوم (٢/٢٦٩) . ويأخذ الطلب شكل تكليف بالحضور يعلن الى الطرف الآخر ، فلا يكفى ايداع الصحيفة قلم الكتاب (١) على أنه اذا لم يحضر المعلن اليه بالجلسة أمام محكمة الاحالة ، فلا حاجة لاعادة اعلانه (٢) وسواء قدم الطلب من المحكوم له أو من المحكوم عليه ، فان هذا لا يغير من المركز الاجرائى لكل منهما أمام المحكمة المحالة اليها القضية ، سواء بالنسبة للطلبات أو الدفوع أو عبء الاثبات (٣) . ولم يحدد القانون المصرى ميعادا يجب فيه تقديم هذا الطلب . ولهذا يظل الحق فى تقديمه باقيا حتى تسقط الخصومة بانقضاء سنة من صدور حكم النقض (٤) . فاذا سقطت الخصومة ، فان هذا لا يمنع من رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة ، على أن تلتزم المحكمة هنا أيضا بحكم النقض بالنسبة للمسألة القانونية التى قررها حكم النقض (٥) .

٤٠٨ — **الخصومة امام محكمة الاحالة :** تتحدد طبيعة الخصومة أمام المحكمة المحالة اليها القضية بطبيعة القضية قبل اصدار الحكم محل النقض . ذلك أن نقض الحكم لا ينشىء خصومة جديدة بل هو يزيل الحكم المنقوض ليتابع الخصوم السير فى الخصومة الاصلية أمام محكمة الاحالة (٦) . فالاحالة هى اعادة للقضية التى سبق قفلها نهائيا بالحكم

(١) نقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٢٨ — ٨٧ .

(٢) نقض تجارى ٨ مارس ١٩٨٢ — فى الطعن ١٢٩٢ لسنة ٤٨ ق .

(٣) دونوفريو : جزء أول بند ٧٥٧ ص ٦٧٤ .

(٤) نقض مدنى ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ — فى الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٦ ق . وانظر ما سبق بند ٣٩٦ . وتترتب آثار السقوط التى ينص عليها القانون . على أن حكم اول درجة لا يبقى بعد السقوط اذ حل محله حكم الاستئناف الذى الغى بدوره من محكمة النقض (كوستا : بند ٣٦٩ ص ٤٢٧) .

(٥) دونوفريو : الاشارة السابقة ص ٦٧٥ .

(٦) نقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٥٢٨ — ٨٧ .

النهائى الذى طعن فيه بالنقض . ولهذا فان الأصل أن تنطبق على مرحلة الاحالة ، نفس القواعد التى تنطبق على المرحلة التى صدر فيها الحكم المنقوض ، وهى عادة مرحلة الاستئناف (١) . فتستطيع محكمة الاستئناف — فى حكمها الصادر بعد النقض والاحالة — أن تؤيد الحكم الابتدائى وأن تحيل اليه فى أسبابه (٢) . واذا كان المدعى لا صفة له فى الدعــوى واكتسب هذه الصفة فى مرحلة الاحالة ، فان هذا يكفى لتصحيح الصفة وزوال العيب (٣) .

على أنه يلاحظ أنه لأن مرحلة الاحالة هى نتيجة لحكم النقض ، فان هذا الحكم يؤثر فى مرحلة الاحالة . وبهذا يتحدد نطاق الخصومة فى مرحلة الاحالة على النحو الآتى :

١ — تلتزم المحكمة المحالة اليها القضية باتباع حكم النقض فى المسألة القانونية . وعلى هذا تنص صراحة المادة ٢/٢٦٩ . ونتيجة لهذا ، لا يقبل من الخصم الدفاع أمام المحكمة المحالة اليها القضية على أساس مناقشة المبدأ الذى قرره حكم النقض ، اذ هذا المبدأ واجب الاحترام وليس لهذه المحكمة أية سلطة فى عدم اتباع (٤) . فاذا لم تحترم محكمة الموضوع المبدأ القانونى المقرر من محكمة النقض ، فان حكمها يكــون مخالفــا للقانون ، ويقبل الطعن بالنقض لهذا السبب . وعندئذ ، ليس لمحكمة النقض أن تعدل — فى النقض الثانى — عن المبدأ الذى قررته فى حكمها الأول،اذبهذا الحكم تكون قد استنفدت ولايتها بالنسبة لهذه المسألة (٥)

---

(١) ساتا : تعليق — كتاب ثانى — جزء ثانى ص ٣٠٦ — ٣٠٧ ، ريتشى : مقالة مشار اليها ص ٧١٨ — ٧١٩ .

(٢) نقض مدنى ١٦ يناير ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٦٤ — ٢٩ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ١٠٨ — ٢١ .

(٤) نقض ضرائب ١٩٨٤/١١/١٢ فى الطعن ١٢٤ لسنة ٥٠ ق ونقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٤٧ ق . و ٧ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض ١٦ — ١١٩٥ — ١٨٧ .

(٥) دونو فريو : تعليق جزء اول بند ٧٤٨ ص ٦٦٧ .

ومن ناحية أخرى ، من المقرر أن الالتزام بالمبدأ القانونى يقع ليس فقط على المحكمة المحالة اليها القضية ، وانما أيضا على أية محكمة أخرى فى أى نزاع لا حق ينشأ عن النزاع الذى قررت محكمـة النقض بشـأنه هذا المبدأ (١) وليس هذا تطبيقا للمادة ٢/٢٩٦ ، بل يعتبر أثرا لحجية حكم النقض . ولهذا أيضا فانه اذا سقطت الخصومة بعد صدور حكم النقض أو تركت خصومة الاحالة أو سقطت أو انتهت لاى سبب قبل الفصل فى الدعوى ، وقام أحد الخصوم برفع الدعوى من جديد سواء أمام المحكمة التى نقض حكمها أو أمام محكمة اخرى ، فان المبدأ القانونى الذى قرره حكم النقض تبقى له نفس القوة الملزمة . على أنه يلاحظ أن الالتزام بالمبدأ القانونى المقرر من محكمة النقض لا يقع على عاتق أية محكمة أخرى ــ أو على المحكمة المحال اليها الدعوى أو محكمة النقض ــ عندما تعرض عليها منازعة مشابهة بالنسبة لرابطة قانونية مشابهة ، ولو كانت بين نفس الخصوم . فاذا صدر قانون جديد بعد حكم النقض ، فان الاتجاه السائد فى الفقه وقضاء النقض الايطالى هو تطبيق القانون الجديد من المحكمـة المحال اليها الدعوى ، وان كان هذا الاتجاه محل نقد من بعض الفقهاء على أساس حجية حكم النقض فى المسألة القانونية (٢) .

٢ ــ يقتصر نطاق الخصومة أمام المحكمة المحالة اليها القضية على المسألة التى أشار اليها حكم النقض دون غيرها : فالمحكمة تنظر موضوع الدعوى فى نطاق هذه المسألة فقط (٣) . ولهـذا فانه فى حـالة النقض الجزئى الذى ينصب فقط على الطعن فقط فى جزء من الحكم محل الطعن، اذا قبلت محكمـة النقض الطعن واحـالت الموضـوع الى المحكمـة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، فان سلطة هذه الأخيرة لا تمتد الى كل ما كان محلا للخصومة قبل صدور الحكم المطعون فيه ، ولا الى كل ما تعلق به الحكم الصادر منها ، بل فقط الى ما كان محلا للطعن وفصل

(١) نقض مدنى ٨ يونيو ١٩٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ ١٠٨٧ ــ ١٧٠ .

(٢) أنظر : ساتا : تعليق كتاب ثانى ــ جزء ثانى ص ٣١٢ .

(٣) نقض مدنى ١٩ ابريل ١٦٧٢ ــ مجموعة النقض ٢٣ ــ ٧٢٤ ــ ١١٤ .

فيه حكم النقض (١) . فليس لها أن تمس أجزاء الحكم الصادر منها والتى لم تلغ من محكمة النقض أو تلغ كأثر لحكمها (٢) . فهذه الاجزاء تبقى محتفظة بحجيتها . وتطبيقا لهذا ، حكم بأنه اذا كان هناك استئناف أصلى وآخر فرعى ، ورفع نقض عن الحكم الصادر فى الاستئناف الاصلى ، ولم يرفع عن الحكم فى الاستئناف الفرعى ، فان النقض يكون مقصورا على موضوع الاستئناف الاصلى ويمتنع على محكمة الاستئناف التى تنظر الدعوى بعد نقض الحكم أن تعود الى نظر الاستئناف الفرعى من جديد (٣) . ولهذا أيضا ، فان التزام المحكمة المحالة اليها القضية بالمسألة القانونية التى فصل فيها حكم النقض يفترض بقاء نفس الطلب بعناصره الثلاثة . فاذا كان الخصم قد استعمل حقه فى تغيير سبب الطلب أمام محكمة الاحالة ، فان استناد هذه المحكمة الى السبب الجديد يعنى أنها فصلت فى طلب جديد . ولا تلتزم عندئذ باحترام حكم النقض فى المسألة القانونية اذا تعلقت هذه المسألة بالسبب لسابق للطالب (٤) .

ويلاحظ أنه يجب التفرقة بين الطلبات التى فصلت فيها محكمة الموضوع قبل النقض ، وتلك التى عرضت عليها ولم تفصل فيها بل استغرقها الحكم الصادر منها . فبالنسبة لهذه الاخيرة لا يوجد قرار من محكمة الموضوع ، ولهذا فانه رغم عدم الطعن بالنقض بشأنها ورغم عدم الاشارة اليها فى حكم النقض ، فانه يمكن اثارتها من جديد أمام المحكمة عند نظرها القضية المحالة اليها من محكمة النقض . مثال : اذا رفعت دعوى ودفع فيها بالتقادم فصدر حكم بقبول هذا الدفع ، ونقض هذا الحكم ، فان نقض هذا الحكم الصادر فى الدفع يفتح الباب لاثارة الدعوى الموضوعية أمام محكمة الاحالة (٥) . وتطبيقا لهذا حكم بأنه متى كانت

---

(١) نقض مدنى ٢٤ ابريل ١٩٦٩ — مجموعة النقض ٢٠ — ٦٧٦ — ١٠٩ .

(٢) دونوفريو : جزء اول بند ٧٥٧ ص ٦٧٦ .

(٣) نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٩٢ — ١٨ .

(٤) قرب : نقض احوال شخصية اول نوفمبر ١٩٧٨ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق . احوال .

(٥) ساتا : تعليق — كتاب ثانى جزء ثانى ص ٣٠٨ .

محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها عن بحث موضوع الاستئناف الفرعى — بعد قضائها ، مخالفة للقانون ، بعدم قبوله لرفعه بعد الميعاد — فانه يترتب على نقض الحكم بعدم قبول الاستئناف الفرعى اعادة نظر موضوع الاستئناف الاصلى عند الاحالة (١) .

٣ — للخصوم — فى نطاق المسألة التى أشار اليها حكم النقض — أن يقدموا أمام المحكمة الطلبات التى كان لهم تقديمها قبل صدور الحكم المطعون فيه (٢) ، وذلك باستثناء الطلبات التى سقط الحق فى تقديمها (٣) . واذا كانت القضية قبل النقض أمام محكمة استئنافية ، فان على الخصوم احترام قاعدة عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف ، أيضا أمام المحكمة المحالة اليها القضية وذلك مع ملاحظة الاستثناءات التى ترد على هذه القاعدة (٤) . ومع ملاحظة أيضا تعديل الطلبات الذى يكون ضروريا كأثر لحكم النقض وخاصة ما أثارته محكمة النقض من تلقاء نفسها ، والطلبات التى يمكن التقدم بها فى أية حالة كانت عليها الخصومة (٥) .

٤ — تعود الحياة ، أمام المحكمة ، الى كل ما كان الخصوم قد أبدوه من الدفوع وأوجه الدفاع ، دون حاجة الى اعادة التمسك بها (٦) ، متى كان ذلك فى نطاق المسألة التى أشار اليها حكم النقض . كما أن للخصوم التمسك بهذه الدفوع أمام المحكمة من جديد (٧) . على أنه

---

(١) نقض مدنى ٥ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٠٤ — ١٣٢ .

(٢) نقض مدنى ١١ مارس ١٩٦٥ — مجموعة النقض ١٦ — ٣٠٤ — ٤٧ . ولهذا يكون للمستأنف عليه أن يرفع بعد الاحالة استئنافا فرعيا عن الحكم الذى رفع عنه خصمه الاستئناف الاصلى متى توافرت الشروط اللازمة لرفعه .

(٣) نقض مدنى ١١ مارس ١٩٦٥ — مشار اليه .

(٤) نقض مدنى ١١ ابريل ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٥٢٠ — ٧٤ . ونقض أحوال شخصية أول نوفمبر ١٩٧٨ — الطعن رقم ٢٢ لسنة ٧٨ ق أحوال .

(٥) دونوفريو : تعليق — جزء أول بند ٧٤٧ ص ٦٧٧ — ٦٧٨ .

(٦) نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٥ — مجموعة النقض ٢٦ — ٨٦٠ — ١٦٨ . و ٣ مايو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٥٩١ — ٨٨ .

(٧) نقض مدنى أول مارس ١٩٦٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٢٧٧ — ٤٤ .

يلاحظ أنه لا يجوز ابداء هذه الدفوع وأوجه الدفاع ، كما لا تعود للحياة ، اذا كان حكم النقض قد فصل فيها ولو ضمنا [١] . ذلك أنه لا جدوى من اثارة ما سبق أن فصلت فيه محكمة النقض . ومن ناحية أخرى ، يجوز للخصوم ابداء ما كان يجوز لهم تقديمه من دفوع وأوجه دفاع قبل صدور الحكم المنقوض [٢] . ويحتفظ الخصوم بجميع سلطاتهم وأعبائهم وخاصة ما يتعلق بعبء الاثبات وسلطة تقديم أدلة جديدة . على أن يكون كل ذلك فى نطاق المسألة التى أشار اليها حكم النقض .

٥ ـ اذا كانت المحكمة المحال اليها القضية تتقيد بحكم النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها ، فانها على العكس تسترد سلطتها بالنسبة للوقائع وسلطانها المطلق ـ اذا كانت محكمة استئناف ـ على الحكم الابتدائى . ويكون لها أن تسلك فى الحكم فى الدعوى ما كان جائزا لها قبل اصدار الحكم المنقوض [٣] . فلها أن تقدر الوقائع على غير النحو الذى قدرته من قبل وأن تقيم حكمها على فهم جديد لوقائع الدعوى تحصله حرة من جميع عناصرها [٤] ، مخالفة بهذا فهمها السابق للوقائع . مستندة فى هذا الى ما قدم لها بعد الاحالة من وقائع ومستندات وأدلة [٥] . ومعتمدة على أسس قانونية أخرى غير التى جاءت بالحكم المطعون فيه واستوجبت نقضه [٦] . كما يكون لها أن تصر على الواقعة التى حصلتها قبل الحكم المنقوض اذا هى استخلصت الواقعة من مصدر آخر من عناصر الدعوى ، متى كانت فى حكمها الجديد قد احترمت حكم النقض بالنسبة

---

(١) ساتا : تعليق ـ كتاب ثانى جزء ص ٣١٠ .

(٢) نقض أحوال شخصية اول نوفمبر ١٩٧٨ ـ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق . احوال شخصية . ساتا : الاشارة السابقة ص ٣١٠ ـ ٣١١ .

(٣) نقض مدنى ١٧ مارس ١٩٨١ فى الطعن رقم ٨٩٣ لسنة ٤٧ ق . و ١٧ فبراير ١٩٧٤ ـ مجموعة النقض ٢٥ ـ ٣٥١ ـ ٥٨ .

(٤) نقض مدنى ٣٠ ابريل ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ٨٦٠ ـ ١٦٨ .

(٥) نقض أحوال شخصية اول نوفمبر ١٩٧٨ ـ مشار اليه .

(٦) نقض مدنى ٦ ابريل ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ٨١٣ ـ ١٠٩ .

للمسألة القانونية (١) . على أنه يلاحظ أنه أحيانا يكون حكم النقض فى المسألة القانونية مبنيا على تقدير معين للوقائع مخالفا لتقدير الحكم المطعون فيه ، وعندئذ على المحكمة المحالة اليها القضية أن تلتزم بهذا التقدير وليس لها عندئذ أية سلطة بالنسبة لتقدير الوقائع . اذ أن اهدارها تقدير محكمة النقض بالنسبة للوقائع يتضمن حتما اهدار قرارها بالنسبة للمسألة القانونية (٢) .

٦ — اذا كان الأصل أن للخصومة أمام محكمة الاحالة نفس النطاق الشخصى الذى كان لها قبل النقض ، فانها أحيانا كأثر للنقض تكون أضيق أو أوسع نطاقا . هى تكون أضيق نطاقا اذا تعدد الخصوم قبل النقض ، ولم يطعن بالنقض الا من بعض المحكوم عليهم أو ضد بعض المحكوم لهم ، ولم يكن التعدد فى الطعن اجباريا . وهى قد تكون أوسع نطاقا كأثر للحكم بالنقض . مثلا اذا طعن بالنقض لان محكمة الموضوع لم تدخل من كان يجب ادخاله فى الخصومة ، ونقض الحكم ، فان المحكمةالتى أحيلت اليها الدعوى يجب عليها أن تدخل من كان يجب ادخاله التزاما بحكم النقض (٣) .

٧ — الاصل أن تحدث الاحالة الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من جديد (٢٦٩/٢) ، ولكن ما الحل اذا وجدت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف كان يجب عليها أن تحيل القضية الى محكمة أول درجة ؟ فى بعض التشريعات (مادة ٣٨٣ ايطالى) تحيل محكمة النقض القضية عندئذ الى محكمة أول درجة مباشرة (٤) ، ولكن هذا الحكم لا يمكن الاخذ به دون نص . على أنه رغم نص المشرع المصرى

---

(١) نقض مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ — مجموعة النقض ١٣ — ٥٧١ — ٥٦ (قرر حكم النقض عدم جواز استخلاص وجود الاتفاق على تحديد ميعاد دفع الثمن من أقوال شاهدين بعينهما . وأصرت محكمة الموضوع بعد الاحالة اليها على وجود هذا الاتفاق مستندة الى أدلة وقرائن غير مستمدة من أقوال هذين الشاهدين . طعن بالنقض فى حكمها . رفض الطعن) .

(٢) ساتا : تعليق كتاب ثانى جزء ثانى ص ٢٩٩ و ص ٣٠٩ . دونوفريو بند ٧٥٧ ص ٦٧٧ .

(٣) فازلارى : الطعن بالنقض ص ١٦٦ وما بعدها .

(٤) دونوفريو : جزء أول بند ٧٤٧ ص ٦٧٨ — ٦٧٩ .

على أن الاحالة تكون للمحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فى القضية من جديد ، نرى أنه فى ذلك الفرض يجب على محكمة الاستئناف التى أحيلت اليها القضية من محكمة النقض ألا تحكم فيها ، بل عليها — اعمالا لحكم النقض — احالتها الى محكمة أول درجة لتتولى هى الحكم فيها .

٤٠٩ — الطعن فى حكم النقض : لايقبل الحكم الصادر من محكمة النقض الطعن بأى طريق [١] . ولكن هل يجوز رفع دعوى أصلية ببطلانه ؟ ذهب البعض الى عدم جواز هذا على أساس عدم تصور محكمة نقض تصدر حكما معيبا بعيب يبرر رفع هذه الدعوى ، وعدم وجود محكمة أعلى من محكمة النقض يمكن رفع الدعوى أمامها [٢] . ولكن الرأى الغالب هو أنه يمكن رفع دعوى بطلان أصليه ضد حكم النقض . وقد أشار المشرع المصرى الى حالة صدور حكم النقض مع توافر عدم الصلاحية فى أحد المستشارين الذين أصدروا الحكم (مادة ١٤٧) . ولكن ليس هذا هو السبب الوحيد [٤] ، فيمكن الطعن لأى سبب من الأسباب التى يمكن من أجلها رفع دعوى بطلان أى حكم [٥] . وترفع دعوى البطلان الاصلية أمام محكمة النقض وتنظرها نفس الدائرة التى أصدرت الحكم

---

(١) نقض مدنى ٣٠ يونيو ١٩٧٠ — فى الطعن رقم ٣١٦ لسنة ٤٠ ق . ولو كان حكم النقض قد خالف احكاما سابقة دون احالة الى هيئة المواد المدنية التجارية (محمد كمال عبد العزيز ص ٥٣٧) .

(٢) لاروزا : نظام البطلان بند ٧٩ ص ٨٩ — ٩٠ .

(٣) وفى هذه الحالة « يجوز للخصم أن يطلب من محكمة النقض الغاء حكمها واعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى » . (١٤٧/٢ مرافعات) .

(٤) عكس هذا فيما يبدو : نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٥١ ق . و ٢٠ أبريل ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٦١٩ — ٩٦ . و ٣٠ يونيو ١٩٧٠ — مشار اليه .

(٥) Conso : Il regime dei vizi Giur it 1955-4- No. 7. p. 139.

ومن هذه حالة عدم احترام مبدأ المواجهة . انظر :

Bellavista : Sentenza di cassazione inesistente Arch, penale 1954 1-395.

المطعون فيه (١) ، فاذا قبلتها ألغت الحكم وأحالت الطعن الذى صدر فيه الحكم الباطل الى دائرة أخرى لنظره (٢/١٤٧ مرافعات) • ولا تخضع دعوى البطـلان الاصلية لأى ميعاد ، فيمكن رفعها فى أى وقت (٢) •

٤١٠ ـ **النقض لمصلحة القانون :** الاصل ألا تقوم محكمة النقض بوظيفتها الا بناء على طعن من المحكوم عليه • ولكن بسبب ارتباط هـذه الوظيفة بالمصلحة العامة التى يهمها عدم مخالفة المحاكم للقانون ، وتوحيد تفسير القانون الذى تطبقه ، فقد نظم القانون طعنا بالنقض من النائب العام الهدف منه تكملة نشاط الخصوم اللازم لمباشرة محكمة النقض لوظيفتها (٣)(٤) • ويفترض هذا الطعن (مادة ٢٥٠) :

(أ) أن يكون الحكم انتهائيا سواء صدر انتهائيا أو أصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن العادية ، وسواء صدر من محكمة أول درجة أيا كانت ولو محكمة جزئية أو من محكمة ثانى درجة ولو لم تكن من محاكم الاستئناف •

(ب) أن يكون الحكم مشوبا بمخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أى معيبا بعيب فى التقدير • فالعيب فى الاجراء لا يصلح سببا للطعن لمصلحة القانون •

(جـ) أن يكون الحكم من تلك الاحكام التى لا يجيز القانون للخصم الطعن فيها ، « سواء كان المنع من الطعن بصفة عامة (أم من الطعن بالاستئناف) أم كان المنع من الطعن بالنقض • وسواء ورد هذا المنع فى

---

(١) بلافيستا : الاشارة السابقة .

(٢) كونسو : الاشارة السابقة بند ٥ ص ١٣٥ .

(٣) كوستا : بند ٣٥١ ص ٤٠٦ .

(٤) وقد اخذ القانون المصرى لاول مرة بهذا النظام فى مجموعة ١٩٦٨ ولكنه معروف فى فرنسا منذ العام الثامن للثورة . وتنص عليه الآن المادة ٥١ من قانون ٢٣ يوليو ١٩٤٧ . انظـر : جاكمار : مجلس الدولة ص ٤٢ . ريجو : الطعن بالنقض بند ٩ ص ١٥ .

قانون المرافعات أم فى قوانين خاصة » (١) • أو أن يكون الحكم قابلا للطعن بالنقض من المحكوم عليه ولكنه لم يطعن فى الميعاد أو نزل عن طعنه أو طعن فى الميعاد ولكن حكم بعدم قبول طعنه شكلا (٢) ، وبصفة عامة فى كل حالة لم تنظر محكمة النقض الطعن المرفوع من الخصم (٣)•

ويرفع الطعن بصحيفة يجب أن يوقعها النائب العام بنفسه ، فليس لمساعده أو للمحامى العام الاول أو من دونه فى الدرجة من رجال النيابة توقيعها •• كما أنه ليس لنيابة النقض هذه السلطة (٤) • ولا تعلن الصحيفة الى أى من أطراف الحكم المطعون فيه • وينظر الطعن فى غرفة المشورة دون حضور الخصوم وبغير مرافعة •

ولا يتقيد هذا الطعن بأى ميعاد • وعلة هذا أنه قد لايستبين سبب النقض الا بعد انقضاء المواعيد ، فضلا عن أنه لا ضرر من عدم التزام ميعاد معين اذ الحكم فى هذا الطعن لا يؤثر فى حقوق الخصوم أومراكزهم القانونية ، وبالتالى لا يؤثر الطعن أو الحكم فيه — أيا كان وقته — فى استقرارها •

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع مجموعة المرافعات .

(٢) دونوفريو : جزء أول بند ٧٣١ ص ص ٦٣٥ . والمذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات .

(٣) أندريولى : جزء ثان ص ٥٢٧ .

(٤) وفى حكم لمحكمة النقض ، أن عدم توقيع النائب العام بنفسه على الطعن أو على التقرير به مفاده أن الطعن قد صدر من غير ذى صفة مما يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا . وجاء فى هذا الحكم : انه لا يوجد ما يمنع من أن يكلف النائب العام احد أعوانه بايداع الصحيفة او التقرير بالنقض فى قلم كتاب محكمة النقض باعتباره عملا ماديا ، ولكن يجب فى جميع الأحوال أن يوقع النائب العام بنفسه على صحيفة الطعن . واضاف الحكم أنه لا يجوز أن يحل محله فى ذلك الا المحامى العام الاول بشرط ان يحدث هذا الحلول فى احدى الحالات التى تنص عليها المادة ٢/٢٣ من قانون السلطة القضائية ١٩٧٢ أى فى حالة غياب النائب العام أو خلو منصبه أو قيام مانع لديه . ولا يحل محله عندئذ الا المحامى العام الاول الذى يلى النائب العام ، وليس أى محام عام أول معين وفقا للمادة ٢٥ من قانون السلطة القضائية لدى كل محكمة استئناف (نقض مدنى ١٩٧٩/٥/٣٠ فى الطعن رقم ٤٣ لسنة ٤٧ ق .)

ولمحكمة النقض أن تحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه ، كما أن لها أن تحكم بقبوله . فاذا قضت بقبوله فانها تنقض الحكم . ولكن هذا النقض يكون فقط من الناحية النظرية « ولا يفيد الخصوم » (مادة ٢٥٠) . فيبقى الحكم المطعون فيه — رغم نقضه — كما هو منتجا آثاره بين الخصوم (١) . ولهذا فان محكمة النقض لا تنظر — فى هذا الطعن — أبدا الموضوع ، مهما كان صالحا للفصل فيه ، كما أنها لا تحيل الموضوع الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . فهى تكتفى بنقض الحكم . وبهذا لا يكون للنقض لمصلحة القانون من قيمة الا على أساس أنه ينبه المحاكم الى الخطأ الذى شاب الحكم المطعون فيه ، حتى لاتقع فيه هذه المحاكم (٢). فهو يزيل قوة الحكم الذى نقض كسابقه يهتدى بها القضاء، أو هو — اذا أيد الحكم المطعون فيه — يقوى هذا الحكم (٣) . ولكن يلاحظ أن هذا التنبيه لا يلزم المحاكم ، بل هو لا يلزم محكمة النقض نفسها ، بالنسبة للقضايا المماثلة (٤) ، مما يصح معه القول بأن حكم النقض يكون له بالنسبة للقضايا المستقبلة مجرد فاعلية واقعية (٥) . وهو ما دعا الفقه الى التشكيك فى طبيعته القضائية (٦) .

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٢٨٦ . ريجو : بند ٩ ص ١٥ . موريل : ٥٥٠ ص ٦٦٩ . فنسان : بند ٦٦١ ص ٨٥٨ . ولهذا يسمى البعض هذا النقض بأنه نقض بغير نقض Cassazione senza cassazione . ساتا : التعليق — كتاب ثانى — جزء ثانى ص ٢٢٦) .

(٢) كوستا : بند ٣٥١ ص ٤٠٦ .

(٣) ساتا : الاشارة السابقة ص ٢٢٧ .

(٤) ساتا : المرافعات بند ٢٧٢ ص ٢٦٣ .

(٥) فازلارى : الطعن بالنقض ص ١٩٢ .

(٦) انظر فى هذا بالتفصيل : فازلارى : الطعن بالنقض ص ١٨٩ وما بعدها . ساتا : التعليق : الاشارة السابقة . جاكمار : مجلس الدولة ص٤٢ — ٤٥ . (وهما يريان أن للحكم طبيعة قضائية ، ويحوز حجية الامر المقضى).

الفصل الثالث

اجراءات وخصومات خاصة

المبحث الاول

الاعمال الولائية

٤١١ ــ تمهيد : سبق أن أوضحنا الطبيعة القانونية للعمل الولائى ، ورأينا تميزه عن كل من الاعمال القضائية والاعمال الادارية . ولما كانت أهم الاعمال الولائية التى تصدرها المحاكم تصدر فى شكل أوامر على العرائض ، فاننا نبدأ أولا ببيان النظام الاجرائى للاعمال الولائية بصفة عامة ، ثم نخصص مطلبا مستقلا للاوامر على العرائض .

المطلب الاول : النظام الاجرائى للعمل الولائى

٤١٢ ــ خصائص النظام الاجرائى للعمل الولائى : يتميز النظام الاجرائى للعمل الولائى (١) بما يأتى : (٢) .

١ ــ لا توجد مواجهة فى اجراءات العمل الولائى ، ذلك أنه لا يوجد طرفان بالمعنى الصحيح ، حتى يجب تطبيق مبدأ المواجهة بينهما .

---

(١) بهذه الخصائص يتميز النظام الاجرائى للعمل الولائى عن النظام الاجرائى للعمل القضائى . وهو يتميز أيضا عن نظام العمل الادارى من عدة نواح أهمها : ١ ــ أنه يجب طلبه ما لم ينص القانون على غير ذلك العكس النشاط الادارى فالاصل فيه أنه نشاط تلقائى تقوم به الادارة من تلقاء نفسها . ٢ ــ ينطبق نظام انكار العدالة على العمل الولائى الذى يصدر من القاضى ، ولا ينطبق على العمل الادارى ٣ ــ يختلف نظام الرجوع عن العمل الولائى أو الطعن فيه عما هو مقرر بالنسبة للعمل الادارى . (رولاند : بند ٢٢٥ ص ٢٦٥ . وجدى راغب : رسالة ص ١٢٩ ــ **الموجز** ص ٨٤) .

(٢) انظر : كيوفندا ــ نظم جزء ثان بند ١٤٢ ص ١٥ . سوليس وبيرو : جزء أول بند ٤٩٦ ص ٣٥٧ وما بعدهما . موريل : بند ٧٩ ص ٨٦ . وجدى راغب : **الموجز** ص ٨٠ .

٢ — لا يقبل التدخل فى اجراءات العمل الولائى ، وذلك لأن موضوع هذه الاجراءات بطبيعتها لا يتصور أن تكون محلا لحقوق شخص من الغير ، اذ تتعلق باعمال مصلحة مشروعه لشخص معين (١) •

٣ — يتمتع القاضى فى عمله الولائى بدور ايجابى سواء فى تقديره ملاءمة العمل أو القرار ، أو فى تقديره صحة الاجراء المطلوب منه التصديق عليه • ويرجع هذا الى ما قلناه من عدم وجود مواجهة بين خصمين • ذلك أن وجود خصمين يسمح بتوضيح الحقيقة بالنسبة لوقائع القضية ، وهو ما يحرم منه القاضى عند قيامه بالعمل الولائى • ونتيجة لهذا ، فان القاضى فى أدائه لسلطته الولائية لا يلتزم بقواعد الاثبات التى يلتزم بها فى أدائه لسلطته القضائية • حقيقة أنه عادة لا يوجد عند اتخاذ اجراء ولائى وقائع متنازع عليها تكون محلا للاثبات • ولكن لا شك أن لطالب العمل الولائى أن يقدم من الأدلة ما يؤيد طلبه فى استصدار العمل • كما أن لهذا الطالب أن يقدم ما لديه من ايضاحات أو تبريرات • على أنه يلاحظ أن القاضى لا يتقيد بما يقدمه الطالب • فله أن يتخذ من الاجراءات ما يمكنه من ألا يصدر العمل المطلوب الا بعد التأكد من الحقيقة ، دون تقيد بالقواعد القانونية للاثبات (٢) •

٤ — لا يجوز العمل الولائى حجية الامر المقضى ، ولو صدر بعد تحقيق أجراه القاضى (٣) • ولهذا فان طالب العمل الولائى يستطيع اعادة تقديم نفس الطلب الذى سبق رفضه ، كما أنه يستطيع رفع دعوى موضوعية ولو كان هناك تعارض بينها وبين الطلب الولائى السابق رفضه (٤) •

٥ — لا تنقضى سلطة القاضى فى المسألة باصدار القرار الولائى .

---

(١) أنظر : Micheli (Jean Antonio) Forma e sentenza nella giurisdizione volontaria, riv. proc. 1947 p. 114.

(٢) Normand (Jaques) : Le Juge et le litige, Paris 1965, no. 6-8 p.p. 6-8.

(٣) كوستا : بند ٥٥ ص ٧٢ .

(٤) نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١١٦١ .

ولهذا يستطيع القاضي مصدر القرار الولائي أن يرجع في قراره السابق(١) أو أن يعدله ، كما أنه يستطيع اصدار قرار سبق له رفض اصداره . على أنه يجب أن يلاحظ أن القاضي ليس أن يلغي قرارا سابقا ، أو أن يعدله الا اذا توافر شرطان : (أ) أن تتغير الظروف التي صدر في ضوئها القرار السابق ، أو أن تصل الى علمه ظروف لم يكن يعلمها عند اصداره ذلك القرار (٢) . (ب) ألا يكون في الاجراء الجديد مساس بحق مكتسب للغير من جراء اصدار القرار السابق . وعلة هذين الشرطين هو أن العمل الولائي عمل يصدر من موظف عام أهل للثقة هو القاضي ، ولهذا فانه يجب ألا يعدل عنه تعسفا بغير سبب ، كما أنه لا يجوز العدول عنه اذا تعلق بحق الغير حسن النية .

٦ — لأن العمل الولائي لا يحوز حجية الامر المقضي ، فانه يجوز رفع دعوى أصلية بطلب بطلانه (٣)،(٤) . كما أنه يمكن التمسك ببطلانه بطريق الدفع . وهكذا فانه اذا أصدر القاضي قرارا بفرض الحجر على مجنون فانه يمكن رفع دعوى ببطلان هذا القرار ، وهي دعوى لا تتقيد بمواعيد الطعن في القرار التي يكون القانون قد نظمها . ومن ناحية أخرى ، اذا حدث التمسك بهذا القرار في دعوى أمام القضاء فلذي المصلحة الدفع ببطلانه .

---

(١) نقض مدني ١٤ فبراير ١٩٦٨ مجموعة النقض ١٩ — ٢٩٧ — ٤٦ وقد قضي بأن قرار حفظ الحساب لعدم وجود قصر هو قرار ولائي يمكن للمحكمة العدول عنه بنظر الحساب .

(٢) نورمان : القاضي والنزاع بند ٩ ص ٨ .

(٣) نظرية البطلان للمؤلف بند ٣٤٢ ص ٦١٨ . وتطبيقا لهذا حكم بأن قرار القاضي الجزئي بالتصديق على عقود البيع لصغار المزارعين عملا بالمواد ٤ و ٤ مكرر من قانون الاصلاح الزراعي هو عمل ولائي لا يمنع أي ذي مصلحة من التمسك ببطلان العقد . (نقض مدني ١٩٨١/١٢/٣ في الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٢ ق .) .

(٤) وترفع الدعوى أمام القضاء العادي وليس أمام القضاء الاداري . وهي نتيجة يربطها البعض بطبيعة العمل الولائي باعتبار أنه ليس عملا اداريا (وجدي راغب رسالة ص ١٣٠) على أن من الواضح ، بصرف النظر عن طبيعة العمل ، أنها تعود الى صدور العمل من جهة المحاكم فلا يطعن فيه أمام جهة أخرى .

٧ ـ لا تخضع الاعمال الولائية لطرق الطعن التى تخضع لها الاعمال القضائية : جرى الفقه التقليدى على القول بعدم امكان استخدام طرق طعن ضد الاعمال الولائية . واستند فى هذا الى أن طريق الطعن بطبيعته يرمى الى اصلاح خطأ فى الحكم ، وليس فى العمل الولائى أى حكم بمعنى الكلمة . ومن ناحية أخرى فانه ليس هناك فائدة عملية من استخدام طرق الطعن ضد العمل الولائى ، اذ يغنى عنها امكان تعديل العمل أو الغائه وامكان رفع دعوى أصلية ببطلانه ، ولكن هذه الفكرة لم تلق قبولا من الفقه الحديث ، فقد لوحظ عليها أن العمل الولائى هو عمل صادر من القاضي،فاذا أضير منه شخص فيجب أن يفتح له باب التظلم من العمل . ونفس القرارات التى تصدر من السلطة الادارية يمكن التظلم منها . ومن ناحية أخرى فان امكان الرجوع عن العمل الولائى أو تعديله وامكان رفع دعوى أصلية ببطلانه ليس فيهما الكفاية . ذلك أن القاضى لا يعدل عن عمل ولائى أو يلغيه ما لم تنشأ ظروف جديدة أو تصل الى علمه ظروف لم يعلمها من قبل ، فاذا لم يتوافر هذا فانه لا يمس قراره . وقد تقوم الحاجة الى التظلم دون توافر هذا الشرط . أما دعوى البطلان فانها تتعلق بشروط صحة العمل الولائى ، وقد يكون العمل صحيحا ولكنه غير ملائم ، وعندئذ لا يمكن طلب بطلانه . ولهذا اتجه الفقه والقضاء حديثا الى امكان استعمال طرق الطعن وخاصة طريق الطعن بالاستئناف أيضا بالنسبة للاعمال الولائية (١) . ولكن القضاء الفرنسى لم يستطع السير فى هذا الطريق شوطا بعيدا ، ذلك أن طرق الطعن التى نظمها القانون انما نظمها لتلائم الاعمال القضائية فهى لا تتفق مع طبيعة الاعمال الولائية .

ولهذا فانه يمكن القول الان ، بأنه اذا كان يمكن اخضاع الاعمال الولائية لطرق طعن ، فان هذه الطرق يجب أن تنظم على نحو خاص يختلف عن طرق الطعن المنظمة بالنسبة للاعمال القضائية (٢) . وهذا الاتجاه هو الذي سار فيه المشرع المصرى حيث ينظم طريقا خاصا للتظلم من الاوامر على العرائض ، وهى الصورة التى تصدر فيها أهم الاعمال الولائية .

---

(١) انظر فى هذا : سوليس وبيرو ـ جزء اول بند ٥٠٠ ص ٤٦٢ ـ ٤٦٦ .

(٢) سوليس وبيرو ـ جزء أول بند ٥٠١ ص ٤٦٦ ـ ٤٦٧ .

المطلب الثانى
الاوامر على العرائض

٤١٣ — حالات استصدار الامر : لم يحدد القانون حالات استصدار الاوامر على العرائض ، واكتفى بالنص فى المادة ١٩٤ مرافعات على أن تتبع الاجراءات المنصوص عليها فى هذه المادة وما بعدها « فى الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار أمر » . وهذه الأحوال وردت فى نصوص متفرقة سواء فى مجموعة المرافعات ، أو فى غيرها . ومن أمثلتها الأمر بانقاص ميعاد التكليف بالحضور (مادة ٣/٦٦) والأمر بانقاص ميعاد المسافة لمن يكون موطنه فى الخارج (مادة ٢/١٧) والامر باجراء الاعلان أو التنفيذ فى غير الاوقات الجائز الاعلان فيها (مادة ٧) . على أنه يمكن استصدار أمر على عريضة — اذا توافرت شروط استصداره — ولو لم يوجد نص خاص به (١) .

وقد نظم قانون المرافعات القواعد العامة فى الأوامر على العرائض فى الباب العاشر من الكتاب الأول (المواد من ١٩٤ الى ٢٠٠) . وهذه تنطبق على جميع الأوامر على العرائض ما لم ينص القانون على قاعدة خاصة تنطبق على نوع معين منها .

٤١٤ — المحكمة المختصة باستصدار الامر : يقدم طلب الامر الى قاضى الامور الوقتية بالمحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق به الامر ، أو الى رئيس الهيئة التى تنظر الدعوى الموضوعية اذا طلب الأمر المتعلق بها أثناء نظرها (مادة ١٩٤) . فاذا كان الامر متعلقا بالتنفيذ ، كان الاختصاص لقاضى التنفيذ وليس لقاضى الأمور الوقتية (مادة ٢٧٥) .

ووفقا للمادة ٢٧ مرافعات « قاضى الامور الوقتية فى المحكمة الابتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه أو من يندب لذلك من قضاتها وفى محكمة المواد الجزئية هو قاضيها » . فاذا طلب أمر على عريضة

---

(١) عكس هذا : ابو الوفا المرافعات ص ٦٨٨ هامش ٣ . محمد كمال عبد العزيز : ص ٣٧٧ .

متعلقا بدعوى — لم ترفع بعد — من اختصاص المحكمة الابتدائية وجب تقديمها الى قاضى الأمور الوقتية بها ، أما اذا كانت هذه الدعوى من اختصاص محكمة مواد جزئية كانت هذه المحكمة هى المختصة باصدار الأمر . ويعتبر هذا التحديد تحديدا لاختصاص نوعى متعلق بالنظام العام ، يترتب على مخالفته وجوب امتناع القاضى — من تلقاء نفسه — عن اصدار الامر . فاذا أصدره رغم عدم اختصاصه أعتبر الامر باطلا لصدوره من قاض غير مختص باصداره . وهو بطلان يتعلق بالنظام العام . واذا كانت الدعوى الموضوعية تدخل فى الاختصاص النوعى لمحكمة متخصصة ، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة تجارية جزئية . أو محكمة عمالية جزئية ، اختص هذا القاضى دون غيره باصدار الاوامر المتعلقة بها (١) .

ويراعى عند تحديد قاضى الامور الوقتية باصدار الامر قواعد الاختصاص المحلى (٢) . فينظر الى المحكمة الابتدائية أو الجزئيةالمختصة محليا بالدعوى الموضوعية التى يتعلق بها الأمر . ويعتبر هذا اختصاصا متعلقا بوظيفة هذه المحكمة فيكون — رغم أنه اختصاص محلى — متعلقا بالنظام العام .

٤١٥ — اجراءات استصدار الامر وشروطه : لأن العمل الولائى لا يفترض خصمين ، فان اجراءات استصدار الأمر على عريضة لا تخضع لمبدأ المواجهة . فيصدر الامر دون تكليف أى مدعى عليه بالحضور . وانعدام المواجهة يحقق الهدف من صدور الامر ، كما فى حالة الامر بالحجز التحفظى اذ يرمى الدائن بالحصول عليه الى مباغتة المدين بتوقيع الحجز على أمواله قبل تهريبها .

ويقدم طلب الأمر فى شكل عريضة من نسختين متطابقتين الى قلم كتاب المحكمة . ويجب أن تشتمل العريضة على البيانات اللازمة لتحديد كل من الطالب والمطلوب صدور الأمر ضده ، وعلى بيان وقائع الطلب وأسانيده أى اساسه من الناحية القانونية ، وعلى بيان موطن مختار

---

(١) وجدى راغب : الموجز ص ٤٦٥ وما بعدها .
(٢) وجدى راغب : الاشارة السابقة .

للطالب في البلدة التي بها مقر المحكمة المقدم اليها الطلب . وترفق بالعريضة المستندات المؤيدة للطلب (مادة ١٩٤) (١) . ولا يجب أن يقدم الطلب من محام ، فيمكن تقديمه من نفس الخصم . كما لا يلزم توقيع محام على الطلب . ولا تعلن العريضة الى أى خصم ، ولا يكلف أحد بالحضور أمام القاضي . ولهذا ينظـر الطلب دون حضور طالب الامر أو من يراد صدوره ضده . وينظـر القاضى الطلب فى غير جلسة دون حضور كاتب المحكمة . وعليه أن يفصل فى الطلب فى اليوم التالى لتقديم العريضة على الأكثر (مادة ١٩٥) . ومن المقرر أن هذا الميعاد تنظيمى لا يترتب على مخالفته بطلان .

وللقاضى السلطة التقديرية الكاملة فى قبول الطلب كليا أو جزئيا أو رفضه (٢) . على أنه ليس للقاضى قبول الطلب واصدار الامر الا اذا كان هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانونى الذى يتعلق به الأمر ، وكان هناك استعجال أى خوف من احتمال وقوع ضرر بالحق — على فرض وجوده — اذا لم يحصل الطالب على الامر المطلوب ، وكان المطلوب بالامر مجرد اجراء وقتى لا يمس الموضوع . وأخيرا — وهذا ما يميز الأمر على عريضة عن الدعوى الوقتية — أن يقتضى تحقق الهدف من الاجراء المطلوب صدور الامر دون مواجهة (٣) . ويصدر القاضى قراره دون أى تحقيق حول وجود المركز القانونى أو الحق الموضـوعى الذى يتصل به الامر (٤) .

---

(١) وما يدل على دفع الرسوم المقررة . ووفقا للمادة ٣٤ من قانون الرسوم القضائية يفرض على الاوامر على العرائض رسم ثابت . وذلك سواء قبل الطلب أو رفض . ويكون الامر كذلك ولو كان المطلوب فى العريضة — خطأ — طلب موضوعيا وليس اجراء وقتيا . بل ولو استجاب القـاضى — خطأ — لهذا الطلب رغم خروجه عن اختصاصه » ويكون السبيل لاصلاح هذا الخطأ هو التظلم منه بمعرفة الصادر ضده الامر وليس استصدار قائمة رسوم نسبية . (نقض ١٨ ديسمبر ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) رمزى سيف بند ٥٥٣ ص ٧٠٨ .

(٣) فنسان : بند ٢٤٢ ص ٣١١ .

(٤) فنسان الاشارة السابقة .

ولا يلتزم القاضي ، سواء قبل الطلب أو رفضه ، بتسبيب قراره الا اذا أصدر أمرا مخالفا لامر سبق صدوره . فعندئذ يجب ان يبين أسباب عدوله عن الرأى السابق ، والا كان الامر باطلا . (مادة ١٩٥/٢).

ويلتزم القاضي بذكر الاسباب التى بنى عليها أمره المخالف لأمر تسبق صدوره ، سواء صدر الامر السابق منه أو من غيره ، وسواء علم بسبق صدور الامر السابق من العريضة الجديدة أو كانت هذه العريضة خلوا من الاشارة الى الأمر السابق . وسواء كان الامر السابق لازال باقيا أم سقط لعدم تنفيذه ، وسواء كان أمرا بالرفض أم أمرا بالقبول (١) .

ويثبت القاضي قراره كتابة على احدى نسختى العريضة . فلا يعرف القانون أمرا شفويا . وعلى قلم الكتاب تسليم الطالب النسخة الثانية من العريضة مكتوبا عليها صورة الامر فى اليوم التالى لصدوره على الاكثر (مادة ١٩٦) . وهذا الميعاد — هو الآخر — ميعاد تنظيمى لا يترتب على مخالفته سقوط الامر .

٤١٦ — سقوط الامر : لأن الأمر على عريضة يتضمن بطبيعته اجراء وقتيا ، ويواجه لهذا ظرفا قابلا للتغيير ، فقد قرر القانون أن الامر يسقط اذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من صدوره (٢) . وهذا السقوط يتعلق بمصلحة من صدور ضده الامر فله وحده التمسك به (٣) . على أن هذا

(١) عكس هذا : محمد كمال عبد العزيز ص ٢٧٨ . ويرى أنه لامحل للتسبيب اذا كان الامر السابق قد صدر بالرفض . وذلك على أساس أن « النص لا يحتم التسبيب الا فى حالة صدور أمر مخالف لامر سابق » . وهذه الحجة تفترض ان اصطلاح امر ينطبق على قرار القاضي بقبول الطلب ولا ينطبق على قراره برفضه فى حين أن المشرع يستعمل اصطلاح أمر فى الحالين . فالمادة ١٩٧ تنص على أن « للطالب اذا صدر الامر برفض طلبه .. » .

(٢) وذلك الا اذا نص القانون على عدم السقوط بالنسبة لنوع معين من الاوامر على العرائض . من هذا ما تنص عليه المادة ١٨٩ من انه لايسرى على أمر تقدير المصاريف السقوط المقرر فى المادة ٢٠٠ . ويلاحظ ان الاوامر بتقدير المصاريف ليس لها طبيعة الاوامر على العرائض اذ هى لا تصدر باجراء وقتى ، ولا تصدر لمواجهة حالة استعجال ولهذا من الطبيعى الاتخضع لنظام السقوط .

(٣) وجدى راغب : الموجز ص ٤٦٩ .

السقوط لا يمنع من صدر لصالحه الامر من أن يستصدر أمرا جديدا (مادة ٢٠٠) • وعندئذ يقدر القاضى الظروف القائمة عند اصدار الامر الجديد •

٤١٧ — **التظلم من قرار القاضى** : اذا قرر القاضى رفض اصدار الامر كليا أو جزئيا ، كان للطالب التظلم من هذا القرار أمام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى (١) (مادة ١٩٧) • أما اذا صدر الامر المطلوب ، فان التظلم يكون من حق من صدر ضده الامر ، وذلك اما أمام نفس القاضى الذى أصدر الامر (٢) أو امام المحكمة التى يتبعها هذا القاضى (مادتان ١٩٧ و ١٩٩) • وليس هناك من حرج فى التظلم أمام نفس القاضى ، اذ عندما اصدر الامر لم يكن قد سمع وجهة نظر المتظلم (٣) • على أن رفع التظلم الى أيهما (القاضى أو المحكمة التى يتبعها) يسقط حق من صدر ضده الامر فى التظلم الى الآخر •

وفضلا عن التظلم بصفة أصلية الى أيهما ، يمكن سواء — لمن رفض طلبه أو لمن صدر ضده هذا الامر — أن يرفع التظلم كطلب فرعى تبعا للدعوى الاصلية التى صدر الامر متعلقا بها ، وذلك فى أية حالة تكون عليها الدعوى بشرط أن يكون ذلك قبل قفل باب المرافعة (مادة ١٩٨) •

وفيما عدا الطالب ومن صدر ضده الامر ، ليس لغيرهما التظلم من الامر ، ولو كانت له مصلحة فى ذلك •

وسواء كان التظلم من الطالب أو ممن صدر ضده الامر ، فليس له ميعاد • على أنه يلاحظ أنه يمنع التظلم صدور الحكم فى الدعوى الاصلية، اذ التظلم هو دعوى وقتية ينتهى أثرها بصدور الحكم فى الدعوى الموضوعية •

---

(١) وله بدلا من التظلم أن يتقدم بطلب جديد لاستصدار الامر . وللقاضى ان يصدر له الامر بعد سبق رفضه . على أنه يجب عندئذ تسبيب قراره (مادة ١/١٩٥) .

(٢) ولا يحول دون هذا قيام الدعوى الاصلية المتعلق بها الامر امام المحكمة المختصة (مادة ١٩٩) .

(٣) رمزى سيف : بند ٥٥٥ ص ٧١١ .

ومن ناحية أخرى ، من البديهى ألا يكون للتظلم محل اذا كان الامر المتظلم منه قد سقط لعدم تقديمه للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من صدوره .

ويجب أن يكون التظلم ــ أيا كانت المحكمة التى يرفع اليها أو وسيلة رفعه ــ مسببا والا كان باطلا (امادة ١٩٧/٣) (١) .

ويرفع التظلم ــ المقدم بصفة أصلية ــ وفقا للاجراءات المعتادة لرفع الدعوى (١٩٧ و ١٩٩) . أما التظلم المقدم بصفة فرعية ، فيقدم وفقا لاجراءات الطلبات العارضة (١٩٨ ــ ١٢٣) . وتبدأ بالتظلم خصومة بين طرفين تتعلق بدعوى وقتية يعتبر الحكم الصادر فيها عملا قضائيا بالمعنى الصحيح وليس أمرا على عريضة . وللمحكمة ــ أو القاضى ــ التى تنظر التظلم أن تقضى اما بتأييد الامر أو بتعديله أو بالغائه (١٩٧ و ١٩٩) . ولان الحكم الصادر فى التظلم حكم وقتى ، فانه لا يقيد محكمة الموضوع عند نظر الدعوى الموضوعية التى يتعلق بها الامر ، كما أنه يقبل الطعن فيه بالاستئناف دائما بصرف النظر عن قيمة الدعوى الموضوعية التى يتعلق بها الامر (٢) . ويلاحظ أن الحكم الصادر من قاضى الامور الوقتية فى التظلم المرفوع اليه يعتبر صادرا من المحكمة التى يتبعها القاضى .ولهذا اذا كان قاضيا للامور الوقتية بالمحكمة الابتدائية ، رفع الاستئناف الى محكمة الاستئناف وليس الى الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الابتدائية .

المبحث الثانى
اوامر الاداء

٤١٨ ــ اساس نظام اوامر الاداء (٣) قدر المشرع بالنسبة لبعض الديون أن تحقيقها لا يحتاج الى مواجهة بين الطرفين ، لأن المدين ليس لديه ما يعارض به ادعاء الدائن . وأساس هذا التقدير هو ثبوت الدين

---

(١) ورد هذا النص فى المادة ١٩٧ التى تنظم التظلم المرفوع بصفة اصلية الى المحكمة التى يتبعها القاضى دون المادة ١٩٨ التى تنظم التظلم تبعا للدعوى الاصلية ، أو المادة ١٩٩ التى تنظم التظلم لنفس القاضى ، وهو ما قد يوحى بأن التسبيب لايسرى عليهما . وهذا غير صحيح ، اذ يبين من المذكرة الايضاحية لمشروع المجموعة أن المشرع اوجب « ان يكون التظلم من الامر مسببا والا كان باطلا اسوة بصحف الطعون » . وهى علة تسرى على التظلم ايا كان طريقه.

(٢) عكس هذا : محمد كمال عبد العزيز ص ٣٨١ .

(٣) ساتا : بند ٤٤٨ ص ٥٨٤ ــ ٥٤٩ . كوستا : بند ٣٨ ص ٤٦ .

بالكتابة . فهذا الثبوت يغلب معه تحقق الدين . ولهذا رأى المشرع عدم اخضاع الدعاوى المتعلقة بهذه الديون لاجراءات الخصومة العادية التى تقتضى تحقيقا كاملا يتم وفقا لمبدأ المواجهة . واكتفى باجراء تحقيق جزئى على أساس السند المثبت للدين يتم دون اعلان المدعى عليه (١) . ورغم أن الدعوى — وفقا لهذا النظام — يفصل فيها نتيجة لتحقيق غير كامل ، فان هذا التحقيق يتناول كلا من الواقع والقانون . فاذا احتاج القاضى فى سبيل التأكد من حق الدائن الى اجراء تحقيق كامل يسمع فيه المدعى عليه ، فانه يحيل الدعوى الى المحكمة لنظرها — مواجهة — وفقاللاجراءات العادية . ومن ناحية أخرى ، اذا صدر أمر الاداء ، فان لمن صدر ضده الأمر أن يعرض دفوعه وأوجه دفاعه بعد ذلك عن طريق الطعن فى الأمر ، ويكون الطعن — مواجهة — وفقا للاجراءات العادية . ومفادهذا أن نظام أوامر الأداء ، وان بدأت فيه الاجراءات دون مواجهة ، فانه ينتهى — اذا اقتضت العدالة ذلك — بمواجهة كاملة . ولهذا توصف خصومة الأداء بأنها خصومة مواجهة محتملة . على أنه يلاحظ أن فائدة هذا النظام لا تبدو الا اذا انتهت دون مواجهة . ذلك انه اذا كانت كل دعوى تخضع لهذا النظام تنتهى بخصومة عادية ، فان النظام لن يتمخض الا عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف .

---

(١) أخذ المشرع المصرى بهذا النظام لاول مرة فى مجموعة ١٩٤٩ (المواد ٨٥١ وما بعدها) وقصره على الديون الثابتة بالكتابة التى لا تتجاوز خمسين جنيها بشرط أن يكون للمدين بها موطن فى البلده التى بها مقر المحكمة ، كما جعل الالتجاء الى هذا الطريق جوازيا للدائن ، فله — ان شاء — رفع الدعوى بالاجراءات العادية . وبالقانون رقم ٢٦٥ سنة ١٩٥٢، جعل المشرع النظام وجوبيا ومد نطاقه الى الديون الثابته بالكتابة مهما كانت قيمتها كما لم يستلزم ان يكون للمدين موطن فى المدينة التى بها مقر المحكمة . وقد تعدلت أحكام هذا النظام بالقانون رقم ١٠٠ سنة ١٩٦٢ ، واهم التعديلات اجازة الطعن فى امر الاداء بالاستئناف . وفى مجموعة ١٩٦٨ توسع المشرع فى الاخذ بهذا النظام ، فجعله يشمل ايضا الديون الثابتة بالكتابة التى يكون محلها تسليم منقولات معينة بنوعها . (ورفض نصا فى مشروع المجموعة يمد النظام الى الديون التى محلها تسليم منقولات معينة بالذات) انظر فى تطور هذا النظام فى القانون المصرى رمزى سيف بند ٥٥٧ ص ٧١٥ وما بعدها . أمينة النمر : أوامر الاداء — ١٩٧٠ — ص ١١ وما بعدها .

٤١٩ ـ الحقوق التى تخضع لهذا النظام : يخضع لنظام أوامر الأداء رفع الدعوى التى ترمى الى حماية حق تتوافر فيه شروط معينة . وهذه الشروط بعضها يتعلق بطبيعة الحق ، والبعض الآخر باثباته (١) (المادة ٢٠١):

(أ) ما يتعلق بطبيعة الحق . يجب أن يتوافر فى الحق ما يلى :

١ ــ أن يكون محل الحق المطالب به مبلغا من النقود أو منقولا من المثليات أى معينا بنوعه ومقداره . كأن يطالب الدائن مدينه بدفع ألف جنيه ثمن المبيع أو يطالبه بالوفاء بالتزامه بتسليم مائة قنطار من القطن طويل التيلة . ويستوى أن يكون الحق تجاريا أو مدنيا ، كما يستوى أى سبب منشىء للحق ، فلا يلزم أن يكون هو العقد (٢) . ويجب أن تنصب المطالبة على هذا الحق وحده . فاذا انصب الطلب على هذا الحق وحق آخر ليس محله نقودا أو مثليات ، وجب رفع الدعوى بالاجراءات العادية بالنسبة للحقين معا بشرط أن يوجد ارتباط بينهما . فاذا لم يوجد أى ارتباط فعندئذ يتبع طريق أمر الاداء بالنسبة للحق الاول ، والطريق العادى بالنسبة للثانى . وذلك حتى لا يتخذ المدعى من جمع طلبين لاارتباط بينهما وسيلة لمخالفة التزامه بوجوب اتباع طريق الاداء بالنسبة للحق الاول (٣) .

وتثور مشكلة فى حالة المطالبة بأداء التزام تخييرى أو بدلى ، اذا كان أحد الأداءين محلى الالتزام مبلغا من النقود أو مثليات والآخر ليس كذلك : اذا كان الالتزام تخييريا ، وكان الخيار للمدين فعلى الدائن رفع دعوى بالطريق العادى اذ قد يختار المدين أداء الالتزام الذى ليس محله نقودا أو مثليات . أما اذا كان الخيار للدائن ، فانه ان اختار أداء نقود أو مثليات فعليه اتباع طريق أوامر الاداء . واذا اختار أداء غير ذلك فعليه اتباع الطريق العادى . واذا كان الالتزام بدليا ، فان اختيار محل الوفاء يكون متروكا للمدين ، فاذا اختار قبل رفع الدعوى ، فعلى الدائن اتباع

---

(١) ساتا : بند ٤٤٩ ص ٥٣٩ .
(٢) عبد الحميد وشاحى : أوامر الاداء ١٩٥٨ ــ بند ١٩ ص ٣٢ .
(٣) وشاحى : بند ١٥ و ١٦ ص ٣١ . رمزى سيف : بند ٥٥٩ ص ٧٢ . أمينة النمر : بند ٢٩ ص ٧٣ .

الطريق المناسب لاختباره . واذا لم يختر قبل رفع الدعوى ، فعلى الدائن أن يرفع الدعوى بالطريق العادى (١) .

٢ ــ أن يكون الحق حال الاداء : أى ألا يكون معلقا على شرط أو مضافا الى أجل . وهذا بديهى ، ذلك أن الحق غير حال الاداء لا تجوز المطالبة به قضاء (٢) ، وطلب أمر الاداء هو مطالبة قضائية . وقد أكد المشرع هذا باقتضائه سبق تكليف المدين بالوفاء . ولما كان لا يجوز التكليف بأداء حق لم يحل اداؤه ، فان مفاد هذا أن الحق يجب أن يكون حال الأداء عند التكليف بالوفاء وليس بعد ذلك عند تقديم طلب الاداء . ومن ناحية أخرى ، فانه لا ينطبق على أمر الاداء ما هو مطبق بالنسبة للدعوى العادية من أنه اذا حل الاجل بعد رفع الدعوى ، فان القاضى ينظر الدعوى رغم ذلك فلا يحكم ــ تطبيقا لمبدأ الاقتصاد فى الخصومة ــ بعدم القبول .

٣ ــ أن يكون محل الحق معين المقدار : وذلك سواء كان هذا المحل نقودا أو مثليات . ولا يجب أن يكون المقدار معينا بحد معين ، فيمكن المطالبة بواسطة طريق أمر الاداء بمبلغ مليون جنيه من النقود أو بمليون قنطار من القطن طويل التيلة . فاذا لم يكن معين المقدار ، فمعنى هذا أن القضاء به يحتاج الى تحقيق كامل ، وقد يثير منازعة حوله (٣) فيجب رفع الدعوى بالطريق العادى . على أنه يلاحظ أن محل الحق يكون معين المقدار اذا كان لا يحتاج تعيينه الا لعملية حسابية بسيطة .

٤ ــ لأن طريق أمر الاداء هو رفع دعوى ولكن باجراءات خاصة ، فانه يجب لاصدار الامر أى لقبول الدعوى ، وفقا للقواعد العامة ، أن توجد قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى وأن تثبت الوقائع التى تنطبق عليها هذه القاعدة . ولهذا يجب ألا يكون

---

(١) رمزى سيف : بند ٥٥٩ ص ٧٢١ . أمينة النمر : بند ٣٠ ص ٧٥ .

(٢) وشاحى : بند ٢٥ ص ٣٧ .

(٣) نقض مدنى ١٦ مارس ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٣٠٥ ــ ٤٩ .

الحق المطالب به ليس محلا للحماية القضائية كما لو كانت المطالبة بدين قمار . كما يجب ألا تكون الوقائع المعروضة على القاضي من المدعى مخالفة للوقائع المعروفة التى تعتبر معلومات عامة والتى للقاضى أن يستند اليها بصرف النظر عن التمسك بها من المدعى عليه ، أو من الوقائع التى يمكن دفعها بدفع للقاضى اثارته من تلقاء نفسه (١) .

(ب) ما يتعلق باثبات الحق : يجب أن يكون الحق ثابتا بالكتابة . والمقصود أن يكون الحق ثابتا فى ورقة رسمية أو عرفية موقعة من المدين . ويجب هذا الشرط ولو كان محل الالتزام لا يتجاوز عشرين جنيها مما يمكن اثباته وفقا للقواعد العامة بالبينة (٢) ، ذلك أن الكتابة هى التى افترض معها المشرع عدم الحاجة الى تحقيق كامل . فاذا لم يتوافر توقيع المدين على الورقة ، فانها لا تصلح أساسا لا ستصدار أمر أداء ولو كانت تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة (٣) . ويجب أن تكون الورقة صالحة للدلالة على الوقائع المنشئة للحق (٤) بجميع صفاته التى تبرر اتباع طريق أوامر الاداء . ولهذا فانه يجب أن يبين من الورقة أن الحق حال الاداء ومعين المقدار ، والا ما جاز اتباع هذا الطريق (٥) .وتصلح الورقة ولو كانت تتضمن وعدا منفردا (٦) . فاذا كان اقتضاء الحق يتوقف على قيام الدائن بالوفاء بالتزام مقابل ، أو كان معلقا على شرط فليس له اتباع طريق أمر الاداء الا اذا قدم كتابة تثبت وفاءه بهذا الالتزام أو تثبت تحقق الشرط (٧) . وتطبيقا لهذا حكم بأنه إذا كان المدعى

---

(١) كوستا : بند ٣٩ ص ٤٧ .

(٢) أمنية النمر : بند ٤٢ ص ٩٧ .

(٣) وشاحى : بند ٢١ ص ٣٥ .

(٤) ساتا : بند ٤٤٩ ص ٥٤٩ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٨١ — ١٥٣ . ولهذا لا تصلح ورقة حكم سابق قرر استحقاق الطالب للمبلغ المطالب به عن فترة سابقة على صدوره للحصول على أمر اداء عن فترة لاحقة له . (نقض مدنى ٢٣ فبراير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ٤٥ ق) .

(٦) كوستا : بند ٣٩ ص ٤٧ . (كما لو ورد فى خطاب أو برقية) .

(٧) ساتا : الاشارة السابقة . كوستا : بند ٣٩ ص ٤٦ . رمزى سيف بند ٥٩٥ ص ٧٢٥ . عبد الباسط جميعى : ص ٣١٥ .

قد أقام دعواه للمطالبة بمبلغ تأسيسا على أن المدعى عليه لم ينفذ صفقة البيع المتفق عليها وأن من حقه المطالبة بضعف العربون الوارد فى الاتفاق فان ما يطالب به لا يكون كله ثابتا فى هذه الورقة . ولا تكون المطالبة به الا بطريق الدعوى العادية (١) .

على أنه رغم توافر هذه الشروط ، اذا كان حق الدائن مستندا الى ورقة تجارية فانه لا يسلك طريق أمر الاداء الا اذا اقتصر رفعه الدعوى على الساحب أو المحرر للورقة أو القابل أو الضامن الاحتياطى لاحدهم . أما اذا أراد رفع الدعوى على غير هؤلاء كالمظهرين أو اراد ان يجمع بين الفئة الاولى وبين غيرهم فعليه أن يرفع الدعوى عليهم بالاجراءات العادية (مادة ٢٠١/٢) . وعلة هذا أن الرجوع على غير الساحب أو المحرر أو القابل او الضامن الاحتياطى لاحدهم يخضع لاجراءات معينة منها تحرير بروتستو عدم الدفع واعلانه ورفع الدعوى فى ميعاد معين مما لا يتفق مع الاجراءات المختصرة لنظام أوامر الاداء (٢) . واذا رفعت الدعوى بالاجراءات العادية ضد الساحب أو المحرر وضد المظهر ، فانه لا يؤدى الى تعيبها تنازل المدعى عن اختصام المظهر ، ذلك أنه متى رفعت الدعوى بالطريق الصحيح فلا يؤثر فى صحة اجراءاتها ما يطرأ عليها من تغيير فى الخصوم . (٣) .

٤٢٠ ـ **وجوب اتباع هذا النظام** : تذهب التشريعات المختلفة التى تأخذ بهذا النظام الى جعله طريقا اختياريا . فللدائن بحق من الحقوق التى يستصدر بها أمر أداء اما اتباع طريق أوامر الاداء أو رفع الدعوى

---

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٧٥ ـ مجموعة النقض ٢٦ ـ ١٥٩٣ ـ ٢٩٩ .

(٢) رمزى سيف : بند ٥٩٥ ص ٧٢٣ . عبد الباسط جميعى : بند ٣١٤ .

(٣) نقض مدنى ١٥ يونيو ١٩٦٧ ـ مجموعة النقض ١٨ ـ ١٢٧٥ ـ ١٩٤ .

بالطريق العادى (١) . وقد كان هذا هو مسلك المشرع المصرى عندماأخذ بنظام أوامر الاداء فى مجموعة ١٩٤٩ . ولكنه بقانون ٢٦٥ لسنة ١٩٥٣ ، قرر أن هذا الطريق واجب الاتباع . فلا يجوز لمن تتوافر فى حقه شروط استصدار أمر أداء أن يرفع الدعوى بالاجراءات العـادية . فالمشرع بأخذه بنظام أوامر الأداء يحدد اجراءات معينة يتعين على الدائن سلوكها فى المطالبة بحقه متى توافرت فيه شروط معينه (٢) ، (٣) . وتنص على هذا أيضا مجموعة المرافعات الحالية (مادة ٢٠١) (٤) . على أن هذا الوجوب لا يكون الا اذا أريد رفع الدعوى كدعوى أصلية (٥) ، أما اذا قدمت كدعوى فرعية ، فانها تقدم وفقا لاجراءات هذه الدعوى .

فاذا رفعت دعوى متعلقة بحق يستصدر به أمـر أداء بالاجـراءات العادية ، فمعنى ذلك أن المدعى لم يسلك الاجراءات التى فرضها القانون لاقتضـاء حقـه ، فيـكون رفـع الدعـوى عنـدئذ باطلا (٦) . وعلى المحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها لتعلق سلوك اجراءات تقاضى

---

(١) القانون الايطالى (مادة ٦٣٣ اجراءات مدنية) . القانون الفرنسى (مادة ٢ من قانون ٤ يوليو ١٩٥٧) .

(٢) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٩٨١ — ١٥٣ .

(٣) على أن هذا الوجوب لا يكون الا حيث تكون الدعوى من ولاية جهة القضاء فنظام أوامر الاداء لا يتبع الا أمام هذه الجهة . فان كانت القضية تدخل فى ولاية جهة القضاء الادارى ، أو جهة قضاء استثنائى ، أو تدخل فى ولاية محكم فليس هناك محل لاعمال هذا النظام . (انظر عكس هذا فيما يتعلق بالتحكيم : أمينة النمر بند ٩٥ ص ٣٦٦) .

(٤) وهو مسلك محل نقد من بعض الفقهاء على أساس أن فائدة هذا النظام هو عندما لا يكون هناك نزاع من المدين ، وخير من يقدر توقع النزاع هو الدائن (رمزى سيف : بند ٥٦٠ ص ٧٢٦ . وانظر فى الرد على هذا النقد : وشاحى بند ٣٥ ص ٤٧) .

(٥) عبد الباسط جميعى : ص ٣١٥ . وجدى راغب : الموجز ص ٤٧٥ . كمال عبد العزيز ص ٣٨٥ .

(٦) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ — مشار اليها .

معينة بالنظام العام [١] . فتحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسها . على أن عدم القبول هنا ليس عدم قبول موضوعى مما تنظم أحكامه المادة ١١٥ مرافعات ، بل هو عدم قبول اجرائى بسبب تعيب الاجراءات [٢] ، [٣] . وللمدين الدفع بعدم القبول ، ويخضع دفعه لأحكام عدم القبول الأجرائى المتعلق بالنظام العام . وتتوافر المصلحة فى الدفع للمدين ، رغم أن سلوك الطريق العادى يفيده أكثر اذ يتيح له سماع دفاعه . وذلك تطبيقا لما تقدم من أحكام المصلحة فى الاجراء [٤] .

واذا قضت المحكمة بعدم القبول فانها لا تحيل الدعوى الى قاضى الاداء اذ الاحالة لاتكون الا عند الحكم بعدم الاختصاص . ومن ناحية أخرى ، فان الخصومة تنتهى أمـام المحكمة ، فيـزول رفع الدعـوى وما يترتب عليه من آثار بما فيها قطع التقادم (٥) . ويكون على الدائن اذا أراد رفع الدعوى من جديد أن يلجأ الى طريق أوامر الأداء . فاذا استؤنف الحكم الصادر بعـدم القبول ، وقبـل الطعن وألغى الحكـم المستأنف ، فان على المحكمة الاستئنافية اعادة الدعوى الى محكمة أول درجة لنظرها وفقا للاجراءات العادية . اذ محكمة أول درجة وقد قضت بعدم القبول لا تكون قد استنفدت ولايتها بنظر الدعوى [٦] .

---

(١) وشاحى : بند ٣٠ ص ٤١ .

(٢) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٢ — مشار اليه . و ١٩٧٥/٦/٩ مشار اليه . وقارن : وجدى راغب : الموجز ص ٤٧٥ . وهو يرى ان الامر يتعلق بتخلف شرط خاص من شروط الدعوى .

(٣) ولهذا ترى محكمة النقض — خلافا لمذهبها بالنسبة لعدم القبول الموضوعى — انه اذا قبلت محكمة أول درجة هذا الدفع ، والغى حكمها من محكمة الاستئناف وجب اعادة الدعوى اليها للفصل فى الموضوع (نقض ١٩٧٥/٦/٩ — مشار اليه) .

(٤) أنظر ما سبق بند ٣٦ ، وقارن : رمزى سـيف بند ٥٦٢ ص ٧٢٨ .

(٥) امينة النمر : بند ٩٨ ص ١٧١ .

(٦) نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٩ — مشار اليه . و ٢٣ مايو ١٩٧٢ — مشار اليه .

٤٢١ — قاضى الاداء المختص : (أ) الاختصاص النوعى أو القيمى : تطبق قواعد الاختصاص التى تنطبق على الدعاوى التى ترفع بالاجراءات العادية • فاذا كانت الدعوى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية قدم طلب استصدار أمر الاداء الى رئيس الدائرة بهذه المحكمة وليس الى الدائرة بأكملها • فرئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية هو الذى يناط به وظيفة اصدار أمر الاداء ممثلا للمحكمة الابتدائية • أما اذا كانت الدعوى تدخل فى الاختصاص النوعى أو القيمى للقاضى الجـزئى ، فان هذا القاضى هو الذى يختص باصدار أمر الاداء بالنسبة لهذه الدعوى • وتطبق كل القواعد السابق بيانها والمتعلقة بعدم الاختصاص • ولهذا فان على القاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص والاحالة • وأيا كان الأمر ، فان القاضى يقوم بوظيفة المحكمة القضائية ، ولا يعتبر قاضيا للامور الوقتية (١) •

(ب) الاختصاص المحلى : يخضع هو الآخر للقواعد التى تنطبق على الدعاوى التى ترفع بالاجراءات العادية • فيكون الاختصاص كقـاعدة عامة لمحكمة موطن المدين المدعى عليه ، وتطبق ما ينطبق على دعوى المطالبة بنقود أو منقولات مثلية من قواعد خاصة على خلاف القاعدة العامة أو الى جانب القاعدة العامة (٢) • كما تطبق أحكام عدم الاختصاص المحلى ومن بينها جواز الاتفاق على مخـالفة القاعدة العـامة فى الاختصـاص المحلى •

---

(١) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٧٢ — مجموعة النقض ٢٣ — ٨٧٢ — ١٣٧ •

(٢) وشاحى : بند ٥٦ ص ٧١ — ٧٢ — عكس هذا : امينة النمر — بند ٨٥ ص ١٥٤ وترى — مشيرة الى الدكتور أحمد مسلم — ان الاختصاص المحلى لا يكون الا لمحكمة موطن المدعى عليه او المحكمة المتفق على اختصاصها. وهو ما يخالف الراى الغالب فى الفقه ، ويعتبر تقييدا لقواعد الاختصاص لا اساس له . فالمشرع عندما يقضى فى نص خاص باختصاص محكمة موطن المدعى عليه لا يجعل منها قاعدة خاصة تنطبق دون غيرها بل هو لا يفعل سوى تطبيق القاعدة العامة الواجبة التطبق ولو لم يوجد نص . وهى واجبة التطبيق الى جانب غيرها من قواعد الاختصاص المحلى المكملة لها .

وقد ثار خلاف حول اثارة القاضى لعدم اختصاصه محليا من تلقاء نفسه . والرأى الغالب أن للقاضى هذه السلطة ، ولو أن القاعدة العامة أنه لا يجوز التمسك بعدم الاختصاص المحلى الا من المدعى عليه . وسند هذا الرأى أن المدعى عليه — فى خصومة الاداء — غائب لا يستطيع الدفع بعدم الاختصاص أمام القاضى . ولهذا فان القاضى عليه من تلقاء نفسه التحقق من اختصاصه المحلى ، اذ هذا الاختصاص شرط لاصداره أمر أداء صحيح (١) . ولكن البعض الآخر يرى على العكس أنه ليس للقاضى اثارة عدم اختصاصه المحلى ، اذ هو لا يتعلق بالنظام العام . ويمكن للمدين التمسك بالدفع عند الطعن فى أمر الاداء (٢) .

٤٢٢ — **اجراءات طلب امر الاداء وآثاره** : (أ) قبل بدء الخصومة : يجب على الطالب تكليف المدين بالوفاء ، حتى لا يفاجأ المدين بأمر الاداء ، وحتى يعطى الفرصة للوفاء اختيارا قبل رفع الدعوى ضده واستصدار أمر بأداء الحق (٣) . وحتى يحقق التكليف هدفه يجب أن يتم قبل تقديم الطلب بخمسة أيام على الاقل (مادة ٢٠٢) . ويمكن منح المدين ميعادا أكبر . على أنه اذا مر وقت طويل على التكليف ، فانه يجب تجديده قبل طلب أمر الاداء (٤) . وتيسيرا على الدائن ، يكفى أن يتم التكليف بكتاب مسجل بعلم الوصول ، فلا يجب أن يتم وفقا للقواعد العامة بواسطة المحضر . على أنه لا يوجد ما يمنع الدائن من اجراء التكليف بهذا

---

(١) ساتا : بند ٤٥١ ص ٥٥٠ . امينه النمر : بند ٨٨ ص ١٥٩ — ١٦٠ . كمال عبد العزيز ص ٣٨٧ .

(٢) زانزوكى : جزء ثانى ص ٣٦٤ . كوستا : بند ٤٦٦ ص ٥٣٨ . وشاحى : بند ٥٦ ص ٧٢ .

(٣) وشاحى : بند ٤٠ ص ٥٣ . ويعتبر تكليف المدين تكليفا صحيحا شرطا لصدور الامر وليس شرطا لصحة العريضة ولهذا فان عدم القيام به او بطلانه لا يؤدى الى بطلان العريضة . (نقض مدنى ١٦ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٠٨٢ — ١٧٩) .

(٤) عبد الباسط جميعى : ص ٣١٧ .

الطريق (١) . ومن ناحية أخرى ، فمن المقرر أنه بالنسبة للمطالبة بناء على ورقة تجارية ، يقوم بروتستو عدم الدفع مقام التكليف بالوفاء (مادة٢٠٢). كما أنه يقوم مقام التكليف توقيع حجز تحفظى سابق على تقديم طلب أمر الاداء (٢) . واذا تم التكليف بورقة محضرين أو بروتستو عدم دفع فانه يعتبر اعذارا للمدين وتترتب عليه آثاره (٣) . أما اذا تم بكتاب مسجل بعلم وصول فانه لا يعتبر اعذارا ولهذا فانه لايترتب عليه قطع تقادم حق الدائن ولايبدأ به سريان الفوائد (٤) .

(ب) تقديم الطلب ومرفقاته : يقدم الطلب من الدائن شخصيا أو من وكيله فى شكل عريضة من نسختين متطابقتين الى قلم كتاب المحكمة . ويجب أن يوقع على العريضة من محام اذا كانت مقدمة الى المحكمة الابتدائية أو كانت مقدمة الى القاضى الجزئى بشأن حق تتجاوز قيمته خمسين جنيها (مادة ٥٨ من قانون المحاماة) . ويجب أن تشتمل العريضة على البيانات الآتية (مادة ٢٠٣) : ١ — تحديد المدعى والمدعى عليه : فيذكر اسم ولقب كل منهما على نحو ناف للجهالة . ٢ — بيان الموطن الاصلى لكل منهما : وفائدة ذكر موطن المدعى هو أنه اذا كان موطنه الاصلى فى دائرة المحكمة فلا يلزم بيان موطن مختار له فى البلدة التى بها مقر المحكمة ، كما أن تحديد موطنه يفيد فى تحديد شخصيته . أما موطن المدين ففائدته أن تعلن فيه العريضة والامر بعد صدوره . ٣ — محل الدعوى وسببها : وتعبر عنهما المادة ٢٠٣ بتطلب بيان « وقائع الطلب وأسانيده » . فيجب تحديد ما يطلبه الدائن . فان كان ما يطلبه نقودا وجب تحديد أصل الحق وفوائده ومصاريفه . وان كان مثليات وجب تحديدها نوعا ومقدارا . كما يجب تحديد الوقائع التى يستند اليها المدعى

---

(١) رمزى سيف : بند ٥٦٣ ص ٧٢٩ .

(٢) وشاحى : بند ٤١ ص ٥٣ . ويعتبر تكليفا بالوفاء رفع دعوى باجراءات باطلة (عبد الباسط جميعى : ص ٣١٧) اذ تتحول الصحيفة الباطلة الى تكليف صحيح بالوفاء .

(٣) امينة النمر : ٥٧ ص ١١٩ .

(٤) وشاحى : بند ٤٥ ص ٥٥ .

فى طلبه (١) • ولا يغنى عن تحديد ما يطلبه الدائن ارفاق سند الدين بالعريضة اذ قد يكون المطلوب أقل من الثابت فى السند لسبق الوفاء ببعضه (٢)• ٤ — تعيين موطن مختار للدائن فى البلدة التى بها مقر المحكمة (٣) اذا لم يكن موطنه الاصلى فى دائرتها • وفائدة هذا البيان هو أن تعلن للدائن فى هذا الموطن الاوراق المتعلقة بالخصومة مثل صحيفة الطعن فى الامر (٤) • فان لم يتخذ الدائن موطنا مختارا أعلن بهذه الاوراق فى قلم كتاب المحكمة تطبيقا للمادة ١٢ مرافعات • ويلاحظ أن الدائن لايلتزم باتخاذ موطن مختار فى المدينة التى بها مقر المحكمة الا اذا كان موطنه الاصلى خارج دائرة اختصاص المحكمة • أما اذا كان موطنه الاصلى يدخل فى دائرة اختصاص المحكمة ، فان له أن يتخذ موطنا مختارا فى دائرة اختصاص المحكمة ولو لم يكن فى المدينة التى بها مقر المحكمة ، كما أنه اذا لم يتخذ موطنا مختارا فان موطنه الاصلى يعتبر موطنا مختارا له تعلن اليه فيه الاوراق (٥) •

وعلى الطالب — تمكينا للقاضى من الفصل فى الدعوى دون مواجهة — أن يرفق بالعريضة عند ايداعها :

١ — سند الحق الذى يطالب به • أى الورقة التى تثبت قيام هذا الحق بشروطه التى يتطلبها القانون لصدور أمر أداء به • فيستطيع القاضى التأكد من اطلاعه على الورقة من وجود الحق وتوافر شروطه • ويبقى هذا السند فى قلم كتاب المحكمة حتى ينقضى ميعاد التظلم (٢٠٣/١) ، أو الاستئناف المباشر ، أو يفصل فيما رفع منهما (٦) •

---

(١) انظر : وشاحي بند ٤٩ ص ٦١ .
(٢) رمزى سيف : بند ٥٦٤ ص ٧٣١ .
(٣) ولا يلزم ان يتخذ الموطن المختار فى دائرة اختصاص المحكمة ، بل يكفى أن يتخذه فى المدينة التى بها مقر المحكمة ولو خارج دائرة اختصاصها. (رمزى سيف : بند ٥٦٤ ص ٧٣٣ — ٧٣٤ — ٧٣٤) . كما لا يلزم أن يكون الموطن المختار متخذا فى مكتب محام . (وشاحى : بند ٥٠ ص ٦٤) .
(٤) رمزى سيف : بند ٥٦٤ ص ٧٣٢ .
(٥) رمزى سيف : الاشارة السابقة . أمينة النمر : بند ٦٤ ص ١٢٨ عكس هذا : وشاحى : بند ٥١ ص ٦٥ .
(٦) ساتا : بند ٤٥٠ ص ٥٥٠ . وشاحى : بند ٥٥ ص ٦٨ .

٢ — ما يثبت قيام الدائن بتكليف المدين بالوفاء قبل الطلب بخمسة أيام على الاقل . ذلك أن عبء اثبات حدوث التكليف يقع على الدائن (١) . ودليل الاثبات يجب أن يكون ورقة مكتوبة اذ هذه وحدها التي يرد عليها الارفاق . وتكون اما أصل الاعلان الموقع عليه من المدين أو غيره بالاستلام اذا تم التكليف بورقة محضرين ، أو أصل اعلان بروتستو عدم الدفع ، أو صورة من محضر الحجز التحفظي السابق على طلب الاداء ، أو — وهو الغالب — علم الوصول المتضمن توقيع المستلم للكتاب الموصى عليه . فاذا ادعى المدين عدم تسلمه الخطاب ، أحيل الامر الى التحقيق للاثبات (٢) .

٣ — المستندات المؤيدة لطلب الدائن غير سند الدين ، ان وجدت . ومثالها الامر بالحجز التحفظي اذا كان المطلوب استصدار أمر بالاداء وبصحة الحجز . وكذلك المستندات التي تثبت وفاء الدائن بالتزامه المقابل أو بتحقق الشرط ، اذا كان الحق المطالب به معلقا على شرط (٣) . وتبقى هذه المستندات — شأنها شأن سند الدين — بقلم كتاب المحكمة (٤)، حتى ينقضي ميعاد التظلم أو الاستئناف المباشر أو يفصل فيما رفع منهما .

٤ — ما يدل على أدائه الرسم المستحق على الدعوى بالكامل (١/٢٠٨) . (٥) .

ولا تعلن العريضة الى المدين ، اذ الامر يصدر — كما قلنا — بغير مواجهة . على أنه رغم عدم وجود مواجهة ، من المقرر أنه يجب توافر الاهلية الاجرائية عند تقديم الطلب ليس فقط في الدائن بل أيضا فيمن

---

(١) وشاحي : بند ٤٤ ص ٥٤ .
(٢) أمينة النمر : بند ٥٢ ص ١١٢ وبند ٦٩ ص ١٣٢ .
(٣) كوستا : بند ٤٦٥ ص ٥٣٨ .
(٤) وشاحي : بند ٥٥ ص ٦٩ .
(٥) وهو نفس الحكم عند رفع الدعوى بالاجراءات العادية (مادة ٦٥) . على أنه اذا اراد الدائن توقيع حجز تحفظي لدى المدين او لدى الغير قبل استصدار الامر ، فانه يدفع ربع الرسم عند طلب توقيع الحجز والباقي عند طلب امر الاداء وصحة الحجز (٢/٢٠٨) .

يطلب صدوره ضده . ولهذا يكون باطلا الامر الذى يصدر ضد قاصر ، كذلك الامر الذى يطلب قاصر صدوره (١) .

ويخضع بطلان العريضة لما سبق من قواعد فى النظرية العامة للبطلان وما سبق بالنسبة لايداع صحيفة الدعوى .

ويترتب على تقديم طلب أمر الاداء جميع الآثار التى تترتب على المطالبة القضائية ، سواء من ناحية الآثار الاجرائية أو الآثار الموضوعية (٢) . ذلك أن تقديم طلب أمر اداء يعتبر مطالبة قضائية بالمعنى الصحيح (٣) ، وان تمت باجراءات خاصة .

٤٢٣ - نظر الدعوى واصدار الامر : ينظر القاضى الدعوى فى غير جلسة ، ولا يحضر المدعى أو المدعى عليه أو الكاتب . كما لا تتدخل النيابة العامة ولو توافرت احدى حالات التدخل . ورغبة من المشرع فى

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٥٩ - ٣٦٠ .

(٢) انظر فى هذه الآثار ما سبق بند ٢٦٥ ولهذا يترتب على تقديم الطلب قطع التقادم . (نقض تجارى ٢٨ ديسمبر ١٩٨١ فى الطعن رقم ٩٧٧ لسنة ٥٠ ق) ويذهب البعض الى عدم تطبيق ما تنص عليه المادة ٣٨٣ مدني من ان المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو قدمت الى محكمة غير مختصة على طلب امر اداء ، وذلك استنادا الى أن قاضي الاداء غير المختص لا يحيل الدعوى بعد الحكم بعدم الاختصاص الى المحكمة المختصة خلافا للمحكمة التى ترفع اليها الدعوى بالاجراءات العادية وان شرط الاختصاص بالنسبة لقاضي الاداء هو شرط شكلي ولهذا فان العريضة التى تقدم الى قاض غير مختص تكون باطلة لعيب شكلي (امينة النمر : بند ٧٤ ص ١٣٧ وما بعدها . وتشير الى مقالة للدكتور فتحي عبد الصبور) . وهذا الرأى محل نظر . فتقديم طلب بأمر اداء هو مطالبة قضائية بالمعنى الصحيح وتترتب عليه آثار هذه المطالبة ، ونص المادة ٣٨٣ مدنى نص عام يسرى على المطالبة ايا كانت اجراءات تقديمها أو نظرها . ومن ناحية أخرى ، فلا علاقة بين حكم المادة ٣٨٣ مدنى وقيام المحكمة غير المختصة باحالة الدعوى الى المحكمة المختصة . وآية ذلك ان نص المادة ٣٨٣ كان موجودا عندما لم تكن هناك احالة . واخيرا ، فمن الخطأ الخلط بين مقتضيات صحة العمل وبين اختصاص المحكمة بالدعوى . فمقتضيات صحة العمل تتعلق بالمطالبة كعمل اجرائى ، اما الاختصاص فانه يتعلق بسلطة المحكمة فى الفصل فى الدعوى (انظر فى هذا ما سبق بند ٢٢٢) .

(٣) ولهذا فان خصومة الاداء تبدأ كالخصومة العادية بهذه المطالبة ، فلم يعد هناك محل لما كان يقال (وشاحى : بند ٩١ ص ١٢٢) من ان خصومة الاداء تبدأ من اعلان العريضة والامر بعد صدوره (رمزى سيف بند ٥٧١ ص ٧٥٠ وما بعدها) .

صدور أمر الاداء بسرعة ، يجب على القاضى أن يتخذ قراره خلال ثلاثة أيام على الاكثر من تقديم العريضة له . ورغم أن المادة ٣/٢٠٣ التى تحدد هذا الميعاد تحدده لاصدار أمر الاداء ، فمن المقرر أن القاضى يلتزم به ولو قرر عدم اصداره (١) . ولأن الميعاد يتعلق بتنظيم سلطة القاضى ، ولا يتعلق بحق اجرائى لاحد الخصوم ، فانه اذا خالفه القاضى لا يترتب بطلان (٢) ، أو سقوط . ولان القاضى ينظر الدعوى دون مواجهة فقد قيد المشرع سلطته ، اذ ليس له الا أن يتخذ أحد قرارين :

(ا) **اصدار الامر** : اذا قدر القاضى قبول كل ما طلبه المدعى ، فانه يصدر أمر الاداء المطلوب (٣) . (مفهوم المخالفة للمادة ٢٠٤) . فليس له اصدار أمر أداء ببعض طلبات المدعى . أى ليس له قبول بعض الطلبات ورفض الآخر ، أو احالة هذا البعض الآخر الى المحكمة لتنظره بالاجراءات العادية . ذلك أنه اذا كان القاضى لم يتكون اقتناعه بالنسبة لبعض الطلبات ، فليس له رفضها ، اذ أن تحقيقها تحقيقا كاملا قد يؤدى الى قبولها . ومن ناحية أخرى ، فانه اذا كان سيجرى تحقيقا كاملا بالنسبة لبعض الطلبات ، أى لن تنتهى الخصومة بقبول بعض طلبات الدائن وفقا للاجراءات البسيطة ، فمن المناسب أن يشمل التحقيق كلما طلب المدعى . ذلك أن التحقيق الكامل ولا شك أكثر ضمانا للطرفين .

على أنه استثناء مما تقدم ، قد يمتنع على القاضى اصدار أمر الاداء المطلوب رغم اقتناعه بكل طلبات المدعى . ويحدث هذا اذا كان الطلب قد سبقه أمر بتوقيع الحجز التحفظى وحدث تظلم من هذا الامر لسبب يتصل بالحق الموضوعى ، فانه وفقا للمادة ٣/٢١٠ يمتنع على القاضى اصدار الامر (٤) . وعلة هذا أن التظلم من أمر الحجز لسبب يتصل بالحق الموضوعى يشير الى أن المدين ان صدر عليه الامر سيتظلم منه ، فاقتصادا

---

(١) وشاحى : بند ٦١ ص ٧٩ . رمزى سيف : بند ٥٦٨ ص ٧٤٢ .

(٢) وشاحى : الاشارة السابقة . رمزى سيف : الاشارة السابقة عبد الباسط جميعى : ص ٣١٧ .

(٣) وليس للقاضى منح المدين مهلة قضائية (عبد الباسط جميعى : ص ٣١٥) .

(٤) رمزى سيف : بند ٥٦٧ ص ٧٤١ .

فى الاجراءات لافائدة من اصدار الامر • ويكون من المناسب احالة الدعوى من قاضى الاداء الى المحكمة لكى تنظر الدعوى بالاجراءات العادية • ومن ناحية أخرى ، قد يصدر القاضى أمر الاداء رغم رفضه بعض طلبات الدائن • ويحدث هذا فى حالتين : فى حالة ما اذا طلب الدائن اصدار أمر بأداء الدين وبصحة الحجز التحفظى الموقع ، فللقاضى اصدار الامر ورفض طلب صحة الحجز (١) • وفى حالة ما اذا طلب الدائن شمول الامر بالنفاذ المعجل ، فللقاضى اصدار أمر الاداء ورفض شموله بالنفاذ (مادة ٢٠٤) • ذلك أن معظم طلبات الاداء تكون مقترنة بطلب النفاذ المعجل وقد لا يكون لها محل ، فلم يشأ المشرع أن يعطل اصدار أوامر الاداء بسببها (٢) •

ووفقا للمادة ٢٠٣/٣ ، يجب أن يتضمن الامر بيان المبلغ الواجب أداؤه من أصل وفائدة او بيان ما امر القاضى بأدائه من منقولات • كما يجب أن يتضمن الالزام بالمصاريف • ويكتب الامر على احدى نسختى العريضة ، وتسلم للدائن النسخة الاخرى وعليها صورة الامر • وهو ما يعنى أن بيانات العريضة تعتبر جزءا مكملا لأمر الاداء • وفيما عدا هذه البيانات ، وتلك التى تنص عليها المادة ٢٠٣/٢ ، لم ينص المشرع صراحة على بيانات أخرى يجب توافرها فى أمر الاداء • على أنه رغم هذا الصمت ، فان النصوص المنظمة لامر الاداء تفترض أن يتضمن أيضا البيانات الآتية (٣) : ١ ــ تاريخ اصداره ، اذ من هذا التاريخ يحسب ميعاد سقوط الأمر (مادة ٢٠٥/٢) • ٢ ــ اسم القاضى أو رئيس الدائرة الذى أصدر الامر واسم المحكمة التى يتبعها للتأكد من صدوره ممن له اختصاص باصداره ، اذ يمكن اثارة هذه المسألة عند التظلم من الامر أو رفع استئناف عنه • ٣ ــ ما اذا كان ابتدائيا أو نهائيا ، صادرا فى مادة مدنية أو تجارية وما اذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل اذا كان القاضى قد أمر

---

(١) نقض مدنى ١٤ يونيو ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ٨١٨ ــ ١٣٢ •

(٢) عبد الباسط جميعى : ص ٣١٨ •

(٣) قارن : وشاحى ــ بند ٧٧ وما بعدها . امينة النمر : بند ١١٥ ص ١٩٣ وما بعدها .

بتنفاذه . ذلك أن أمر الاداء يخضع من حيث نفاذه لما تخضع له أحكام القضاء (مادة ٢٠٩) . ٤ — توقيع القاضى مصدر الامر ، اذ التوقيع هو الذى يدل على صدور العمل ممن صدر منه

ولا يلزم بيان أسباب لأمر الاداء ، فليس فى القانون ما يلزم بهـا اعتبارا بأن اصدار الامر يعنى الموافقة على وقائع الطلب وأسانيده المبينة فى العريضة ، فتعتبر هذه أسبابا للامر .

(ب) الامتناع عن اصدار الأمر وتحديد جلسة لنظر الدعوى امام المحكمة:

ويكــون هذا اذا رأى القــاضى عدم اجــابة الطــالب الى كل طلبــاته (مادة ٢٠٤) . وهو لا يجيب الطالب الى كل طلباته ، اذا وجد أحد الطلبات لا يتوافر فيها الشروط التى يفرضها القانون كأن وجد الحق غير معين المقدار أو غير ثابت فى المستند المقدم أو وجد أن الحــق لا يتمتع بحماية القانون كما لو كان دين قمار . كما أنه لا يجيب الطالب الى طلباته اذا وجد أنه غير مختص بالدعوى ، أو أن اجراءات الطلب لم تراع أو أنه لا صفة للمدعى أو للمدعى عليه (١) . فى كل هذه الأحــوال حدد المشرع المسلك الذى يجب على القاضى اتباعه ، وهو « أن يمتنع عن اصدار الامر » . فالقاضى — فى هذه الاحوال — لا يصدر قرارا برفض اصدار الامر ، فهذا القرار لا يدخل فى سلطته . بل هو فقط يمتنع عــن اصدار الامر (٢) . ثم عليه — من تلقاء نفسه — « أن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة » . وهو يحدد جلسة أمامها ، ولو كان سبب امتناعه عن نظر الدعــوى هو أنه غير مختص أو ان الاجــراءات — فى رأيه — معيبة . وقراره بتحديد الجلسة لاشك يعنى ضمنا امتناعه عن اصدار الامر . ولكنه لا يعنى قرارا بالرفض ، ذلك أن رفض الامر هو فصل فى الدعوى برفضها ، أو هو قرار بعدم توافر ما يلزم لنظر الدعوى ، وهــو ما لم يشأ المشرع أن يخوله للقاضى دون مواجهة . فاذا حدث وأخطأ

---

(١) ساتا : بند ٤٥١ ص ٥٥٠ . كوستا : بند ٤٦٦ ص ٥٣٨ .

(٢) وشاحى : بند ٦٦ ص ٨١ . رمزى سيف بند ٥٦٧ ص ٧٣٨ — ٧٣٩ . عكس هذا : امينة النمر : بند ١١٢ ص ١٨٨ . وجدى راغب : الموجز ص ٤٧٨ . ويرى اصحاب هذا الراى ان على القاضى عندئذ اصدار امر بالرفض ، ويعتبر هذا امرا على عريضة يقبل التظلم منه .

القاضى وأصدر قرارا بالرفض ولم يحدد جلسة أمام المحكمة ، فان للدائن أن يطلب من القاضى تحديد هذه الجلسة . ولا يكون لقراره بالرفض ـ سواء صدر مع تحديد جلسة أو دون تحديدها ـ أية قيمة كقرار تقرير سلبى كما لا يكون له حجية الامر المقضى . ولا يقبل الطعن بأى طريق (١).

وعلى القاضى بعد تحديده جلسة أمام المحكمة ، تكليف الدائن باعلان خصمه الى هذه الجلسة . ولان المحكمة تنظر الدعوى عندئذ بالاجراءات المعتادة ، فيجب أن يقوم الدائن باعلان المدين بصورة صحيفة الدعوى . ويجب مراعاة مواعيد التكليف بالحضور كما يجب أن يتم الاعلان خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها لقلم الكتاب ، وفقا للمادة ٧ مرافعات (٢) . وعلى المحكمة أن تنظر الدعوى وفقا للقواعد والاجراءات المقررة للدعوى العادية دون نظر الى اجراءات طلب أمر الاداء التى انتهت بالامتناع عن اصدار الامر (٣) . على أنه يلاحظ أن الاجراءات أمام المحكمة تعتبر مرحلة من نفس الخصومة التى انتهت المرحلة الاولى منها بقرار الاحالة الى المحكمة ولهذا فان آثار المطالبة القضائية التى ترتبت على تقديم طلب أمر الاداء تظل سارية .

٤٢٤ ـ اعلان امر الاداء ، وسقوطه : على الطالب بعد صدور أمر الاداء أن يقوم باعلان المدين بالعريضة وعليها صورة أمر الاداء ، وذلك خلال ثلاثة أشهر من صدوره . ويتم الاعلان وفقا للقواعد العامة بورقة محضرين تسلم لشخص المدين أو فى موطنه (٢٠٥/١) . وعلة هذا الاعلان هو أن الامر قد صدر فى غيبة المدين ، فيجب أن يعلم به حتى يستطيع الطعن فيه أن رأى وجها لذلك . أما اعلانه مع العريضة فعلته

---

(١) زانزوكى : جزء ثان ص ٣٦٣ . وشاحى : بند ٦٨ ص ٨٥ وبند ٧٠ ص ٨٧ . عكس هذا : رمزى سيف بند ٥٦٧ ص ٥٤٠ . ويرى أن للدائن عندئذ التظلم من قراره باعتباره امرا على عريضة . ويعيب هذا الرای أن طلب أمر الاداء ليس طلب امر على عريضة ، ولهذا فان رفضه او الامتناع عن اصداره لا يخضع لقواعد التظلم من الاوامر على العرائض .

(٢) نقض ايجارات ٢٣ ديسمبر ١٩٨١ ـ فى الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٤٦ ق .

(٣) نقض مدنى ٦ مايو ١٩٦٩ ـ مجموعة النقض ٢٠ ـ ٧٣٢ ـ ١١٧ .

آن العريضة تعتبر جزءا لا يتجزأ من الأمر اذ بياناتها تعتبر ضمن بياناته (١) . فاذا لم يتم الاعلان فى الميعاد ، اعتبرت العريضة والامر الصادر عليها كأن لم تكن (٢٠٥/ ٢) . وهو ما يعنى أن عدم الاعلان فى الميعاد لا يؤدى فقط الى سقوط الامر ، بل أيضا الى سقوط العريضة وما ترتب على المطالبة القضائية من آثار (٢) . ويتم السقوط بقوة القانون بمجرد انقضاء ثلاثة أشهر دون اعلان (٣) ، ولهذا فان آثار العريضة والامر تزول من هذا الوقت . على أن هذا السقوط يجب التمسك به من المدين فليس للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها . وللمدين التمسك بالسقوط عند الطعن فى الامر بشرط التمسك به فى صحيفة الطعن ، أو عند رفعه منازعة فى تنفيذه ، أو بطريق الدفع (٤) فى دعوى ترفع استنادا الى الامر ، أو بطريق رفع دعوى تقرير سلبية بالاجراءات العادية (٥) .

وللمدين النزول عن التمسك بالسقوط . وقد يتم هذا النزول صراحة أو ضمنا . واذا سقط الامر ، فهذا السقوط لا يمنع الدائن من استصدار أمر جديد (٦) مادام حقه فى الدعوى قائما (٧) . ويجب عليه عندئذ أن يتقدم بعريضة جديدة وأن يدفع رسوما جديدة (٨) .

٤٢٥ — **الطعن فى امر الاداء** : لأن أمر الأداء يصدر دون مواجهة، فقد حرص القانون على تخويل المدين حق الطعن فى أمر الاداء فى جميع الاحوال بصرف النظر عن قيمة الحق أو نوعه ، فنظم طريقا خاصا للطعن فى الامر هو طريق التظلم . ومن ناحية أخرى ، لأن أمر الاداء هو فصل فى دعوى الزام بقبولها ، فقد أخضع المشرع الامر لما يخضع له حكم الالزام من

---

(١) وشاحى : بند ٨٤ ص ١١٤ .
(٢) رمزى سيف : ص ٧٤٤ . عبد الباسط جميعى : ص ٣١٩ .
(٣) وشاحى : بند ٩٥ ص ١٢٦ . امينة النمر : بند ١١٩ ص ٢٠٤ .
(٤) امينة النمر : بند ١١٩ ص ٢٠٥ .
(٥) ساتا : بند ٤٥٢ ص ٥٥١ .
(٦) ولان الحق تتوافر فيه شروط استصدار امر ادائه ، فليس للدائن رفع دعوى به بالاجراءات العادية . (وشاحى : بند ٩٥ ص ١٢٨ أ) .
(٧) كوستا : بند ٤٦٨ ص ٥٣٩ .
(٨) عبد الباسط جميعى : ص ٣١٩ .

طعن بالاستئناف اذا كان الامر — بحسب قيمة الحق أو نوعه — يقبله . وبهذا أجاز المشرع للمدين الذى صدر ضده الامر اما أن يطعن فى الامر بالتظلم ، واما أن يطعن فيه بالاستئناف (مادة ٢٠٦) (١) . على أنه اذا شاب الامر عيب يبطله بطلانا لا يقبل التصحيح ، فانه يمكن — وفقا لقواعد العمل القضائى — رفع دعوى أصلية ببطلانه (٢) .

ويلاحظ بالنسبة للطعن فى أمر الاداء ، سواء بالتظلم أو بالاستئناف : (أ) أن كلا منهما يعتبر طريق طعن عادى بالنسبة لامر الاداء . ولهذا لم ينص القانون على أسباب محددة لاى منهما . (ب) أنه يترتب على الطعن بأيهما تحول خصومة الاداء وهى خصومة تحقيق غير كامل يتم دون مواجهة الى خصومة تحقيق كامل يتم مواجهة (٣) . (جـ) أن مجرد قيام خصومة الطعن لا يؤثر فى أمر الاداء أو فى قوته . ولهذا فانه اذا انتهت خصومة الطعن لأى سبب من الاسباب الاجرائية كالسقوط أو الانقضاء بمضى المدة ، فان هذا لا يمس أمر الاداء (٤) . (د) أنه سواء تعلق الامر بالتظلم أو بالاستئناف ، فان الحق فى أيهما لا يكون الا للمدين . ذلك ان امر الاداء لا يصدر الا لمصلحة الدائن ، فليس له حق الطعن فيه (٥) . فليس هناك أمر بالرفض يمكن له التظلم منه . (هـ) أن المحكمة التى تنظر التظلم أو الاستئناف تصدر حكما بالمعنى الصحيح ، يخضع لما تخضع له الاحكام من قواعد ، ويقبل الطعن وفقا للقواعد العامة للطعن فى الاحكام(٦) .

---

(١) والى جانب هذين الطريقين ، يمكن الطعن بالتماس اعادة النظر اذا كان امر الاداء نهائيا ، وتوافر سبب من اسباب التماس اعادة النظر كما لو بنى الامر على ورقة قضى بعد ذلك — او حدث اقرار — بتزويرها . ولا يقال انه يحول دون هذا أن للمدين التظلم من امر الاداء ، فقد تكتشف الحقيقة بعد انقضاء ميعاد التظلم . كذلك يمكن الطعن فى امر الاداء بالنقض اذا صدر نهائيا فاصلا فى نزاع على خلاف حكم سابق حائز لقوة الامر المقضى ، وفقا للمادة ٢٤٩ (عكس هذا : امينة النمر : بند ١١٤ ص ٢١٤) .

(٢) امينة النمر : بند ١١٥ ص ٢١٤ .

(٣) ساتا : بند ٤٥٤ ص ٥٥٢ .

(٤) كوستا : بند ٤٠ ص ٤٨ .

(٥) وشاحى : بند ١٠٠ ص ١٣٢

(٦) امينة النمر : بند ١٥٥ ص ٢٥٤ وبند ١٧٠ ص ٢٨٦ .

وندرس كلا من الطريقين على التوالى :

٤٢٦ — (أ) التظلم من امر الاداء : للمدين التظلم من الامر خلال عشرة أيام من اعلانه به . ويرجع فى ذلك الى قواعد المواعيد بصفة عامة وميعاد الطعن الذى يبدأ بالاعلان بصفة خاصة (١) . فاذا انقضت عشرة أيام من هذا الاعلان ، دون رفع التظلم ، سقط الحق فيه . ويسقط الحق فى التظلم أيضا اذا رفع المدين استئنافا عن الامر (٢٠٦ / ٢) . ويرفع التظلم بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى (٢) . وتختص به المحكمة التى أصدر قاضيها الامر ولو كان غير مختص باصدار الامر . فان كان قد صدر من قاض جزئى ، اختصت المحكمة الجزئية بالتظلم . وان صدر الامر من رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية اختصت هذه المحكمة الابتدائية بالتظلم . ولايجب أن ينظر التظلم أمام نفس القاضى الجزئى الآمر ، أو امام الدائرة التى يرأسها القاضى مصدر الامر . ويلاحظ أنه بالنسبة للامر الصادر من رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية يحدث التظلم لا الى رئيس الدائرة وانما الى دائرة بأكملها بنفس المحكمة . وعلة هذا أن رئيس الدائرة وهو يصدر الامر انما يمثل المحكمة التى هو عضو فيها (٣) . ويقبل التظلم من المدين بصرف النظر عن قيمة الحق أو نوعه ، فشرطه الوحيدهو تخلف شرط من شروط اصدار الامر . وهو يفتح الباب لخصومة تحقيق عادية محلها ليس فقط توافر أو عدم توافر شروط اصدار الامر ، بل أيضا مايتعلق

---

(١) ولا يغنى عن اعلان الامر الى المدين لبدء ميعاد التظلم ، اعلانه بتوقيع الحجز على منقولاته تنفيذا لهذا الامر . (نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٨٥٠ — ١٤٩) .

(٢) وتطبق جميع القواعد والاجراءات المقررة لصحيفة الدعوى بما فى ذلك المادة ٧٠ مرافعات المتعلقة بالجزاء على عدم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة اشهر من تقديم صحيفة الدعوى الى قلم الكتاب (نقض مدنى اول يناير ١٩٧٩ — الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤٧ ق) .

(٣) وشاحى : بند ١٠١ ص ١٣٤ . فان حدث التظلم على اساس عدم اختصاص القاضى مصدر الامر ، فيجب أن يرفع التظلم الى المحكمة التى يتبعها هذا القاضى . وعلى المحكمةالمرفوع اليها التظلم اذا قررت عدم اختصاص القاضى الذى يتبعها أن تحكم بالغاء الامر ، (امينة النمر : بند ١٣٩ ص ٢٣٢) . ولا تحيل الدعوى الى المحكمة التى يتبعها القاضى المختص باصدار الامر .

بالحق الذى يطالب به الدائن (١) . ويعتبر المتظلم فى حكم المدعى ، والمتظلم منه فى حكم المدعى عليه (٢) . ويكون للدائن أن يثبت حقه بصرف النظر عن صحة أمر الاداء (٣) . ويمكن لكل منهما ابداء الدفوع المختلفة ، والطلبات العارضة التى يجيز القانون قبولها ، كما أن للغير التدخل فى الخصومة انضماما أو اختصاما . ولكل من الخصمين ادخال هذا الغير . ويرد على الخصومة الوقف والانقطاع والسقوط والانقضاء بمضى المدة . كما تطبق عليها قواعد الحضور والغياب . كل ذلك وفقا للقواعد والاجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى (١/٢٠٧) .

ولا يستثنى من هذا الا ما تنص عليه المادة ٢/٢٠٧ من قاعدة خاصة تتعلق بغياب المتظلم فى أول جلسة ، وبموجبها يترتب على هذا الغياب أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن . وينتج عن هذا زوال التظلم وبقاء أمر الاداء ، وبدء ميعاد استئنافه اذا كان يقبله (٣/٢٠٦) . وهذا الحكم منقول عن قواعد المعارضة فى الاحكام الغيابية (٣٩٠ مرافعات مجموعة ١٩٤٩) . والواقع أن هذا الحكم له ما يبرره بالنسبة للمعارضة اذ أن المعارض يكون قد غاب أمام المحكمة المعارض فى حكمها فصدر ضده حكم غيابى ، ثم غاب فى جلسة المعارضة المرفوعة منه ، فهو بهذا يبين أنه لا يستأهل نظر معارضته ، أما فى التظلم من أمر

---

(١) رانزوكي : جزء ثان ص ٣٦٧ وما بعدها . كما يكون محلا لخصومة التظلم ما يتعلق باعلان أمر الاداء . (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٦ . مجموعة النقض ١٧ — ٣٢ — ٢) وما يتعلق برفع التظلم .

(٢) ساتا : بند ٤٥٦ ص ٥٦ . على ان اضفاء صفة المدعى حكما على المدين المتظلم لا ينفى ان المتظلم يعتبر طاعنا من حقه ان يستفيد من القواعد التى ينص عليها القانون لمصلحة الطاعن . ولهذا فانه يستفيد من نص المادة ٢/٢١٤ التى تجيز اعلان الطعن فى الموطن المختار المبين بالصحيفة فى حالة ما اذا كان المطعون عليه هو المدعى ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الاصلى (نقض مدنى ٤ يناير ١٩٧٨ — مجلة ادارة القضايا ١٩٧٨ — عدد ٣ ص ٢٠٣ رقم ١٧) . وذلك اذا لم يكن طالب الامر قد بين موطنه الاصلى فى العريضة . اذ هذه تعتبر بديلا عن ورقة التكليف بالحضور .

(٣) ساتا : بند ٤٥٤ ص ٥٥٢ .

الأداء ، فانغياب المتظلم لم يسبقه غياب آخر يسأل عنه ، اذ هو لم يدع للحضور أمام قاضى الاداء .

ولمحكمة التظلم السلطة الكاملة فى الفصل فى الدعوى ، وهى تستطيع أن تؤيد الامر فيما قضى به من الزام ، او تؤيده فى جزء منه . كما انها تستطيع أن تلغى الامر . وهى اذا ألغت الامر ، سواء لعدم توافر شروط الحق ، أو لانه باطل لعيب فى اجراءات استصدار الامر أو فى الامر نفسه أو لاعتباره كأنه لم يكن ، فانها لا تقتصر على الالغاء ، بل عليها أن تصدر حكما فى موضوع الدعوى (١) .

٤٢٧ — **(ب) استئناف امر اداء** : يقبل أمر الاداء الاستئناف بالنظر الى قيمة الدعوى الصادر فيها (٢) . فيكون لمن صدر ضده الامر الخيار أما أن يتظلم منه أو ان يرفع استئنافا عنه الى المحكمة الاعلى درجة من المحكمة التى أصدر قاضيها الامر . وبهذا تختص بنظر استئناف الامر الصادر من القاضى الجزئى المحكمة الابتدائية دائرة استئنافية . وتختص محكمة الاستئناف بنظر استئناف الأمر الصادر من رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية . ويخضع استئناف أمر الاداء لميعاد واجراءات وقواعد استئناف الاحكام . على أنه يلاحظ أن ميعاد الاستئناف يبدأ من تاريخ فوات ميعاد التظلم أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن (٢٠٦/٣) . وتكون للمحكمة الاستئنافية نفس السلطة التى لها عندما تنظر استئنافا

---

(١) وشاحى : بند ١٠٩ ص ١٤٦ . نقض مدنى ٣٠ مايو ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ١١٤٧ — ١٧٠ . وقارن : امينة النمر : بند ١٥٢ ص ٢٤٩ . على انه يلاحظ ان اصدار حكم فى الموضوع يفترض ان تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى الموضوعية ، وان يكون التظلم قد رفع بالاجراءات الصحيحة ، فان لم يتوافر هذا او ذلك قضت المحكمة بعدم اختصاصها او ببطلان رفع التظلم ، ولم تتعرض للموضوع .

(٢) فان كان قد صدر فى حدود النصاب النهائى ، فلا يقبل الاستئناف الا وفقا للمادة ٢٢١ اذا وقع بطلان فى الامر او بطلان فى الاجراءات أثر فيه ، او وفقا للمادة ٢٤٢ اذا صدرالامرعلىخلاف حكم سابق لم يحز قوةالامرالمقضى . (عكس هذا امينة النمر : بند ١٧١ ص ٢٧٨) . فالمشرع لم يستثن اوامر الاداء من تطبيق هذين النصين ، بل اجاز استئناف امر الاداء « أن كان قابلا له » (مادة ٢٠٦/٣) . وهذه القابلية تحدد بالرجوع الى قابلية الحكم للاستئناف .

عن حكم . فلها أن تؤيد الامر ، كما أن لها أن تلغيه ، واذا الغته فانها تنظر موضوع القضية أو لا تنظره وتقتصر على الالغاء حسب ما اذا كان قاضي الاداء قد استنفد ولايته أو لم يستنفدها (١) ، وذلك كله وفقا لما تقدم متعلقا باستئناف الاحكام .

٤٢٨ — **طبيعة امر الاداء** : اختلف الفقه حول طبيعة أمر الاداء . فالبعض يرى أنه عمل ولائى فى مضمونه (٢) وامر على عريضة فى اجراءاته وشكله (٣) . والبعض الآخر وهو الغالب يرى أن امر الاداء فى مضمونه عمل قضائى ذلك أنه يفصل فى دعوى الزام . ولكن هذا الرأى اختلف حول تحديد طبيعة الشكل الذى يخضع له الامر . فمن قائل بأنه أمر على عريضة (٤) ، ومن قائل بأنه فى حقيقته حكم (٥) . وفى تقديرنا أن أمر الاداء عمل قضائى له كل مقومات العمل القضائى ويرتب نفس آثاره . فهو يحوز حجية الامر المقضى ويحوز القوة التنفيذية تماما كالحكم القضائى الذى يصدر فى دعوى الزام (٦) . ولكنه يختلف عن الحكم فى أنه يفصل فى دعوى ذات طبيعة خاصة اذ الدعوى العادية ترمى الى قرار يصدر بعد تحقيق كامل ، أما دعوى امر الاداء فهى ترمى الى قرار يصدر بعد تحقيق غير كامل (٧) ونتيجة لهذا ، فان اجراءات خصومة الاداء هى اجراءات خاصة تختلف عن الخصومة العادية . وهذه الاجراءات الخاصة لخصومة الاداء تعطى لها هيكلا خاصا

---

(١) انظر : نقض مدنى ٥ نوفمبر ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٠٠٣ — ١٤٩ . وقد حكم بانه اذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان امر الاداء بسبب بطلان التكليف بالوفاء فان هذا لا يحجبها عن نظر موضوع الدعوى . اذ الخصومة اتصلت بالقضاء اتصالا صحيحا بالعريضة . (نقض مدنى ١٦ يونيو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ١٠٨٢ — ١٠٧٩) .

(٢) Pollak مشار اليه فى زانزوكى : جزء ثان ص ٣٥٧ .

(٣) ابو الوفا : اجراءات التنفيذ — ١٩٧٦ — بند ٨٧ مكرر ٦ ص١٨٣ .

(٤) وجدى راغب : التنفيذ ص ١٣٣ وحاشية ٣ — الموجز : ص ٤٧٣ . امينة النمر : بند ١٢ ص ٤٤ . محمد كمال عبد العزيز : ص ٣٨٤ .

(٥) وشاحى : بند ٧٣ ص ٩٤ وما بعدها . رمزى سيف : بند ٥٧٠ ص ٧٤٤ . نقض مدنى ٧ يوليو ١٩٦٤ — مجموعة النقض ١٥ — ١٩٦٣ — ١٤٥ و ٤ ابريل ١٩٦٣ — مجموعة النقض ١٤ — ٧٢٥ — ٦٧ .

(٦) ساتا : بند ٤٥٦ ص ٥٥٦ .

(٧) كوستا : بند ٤١ ص ٤٩ (ويشير الى كل من كيوفندا وسينيى).

يختلف عن هيكل اجراءات خصومة الالزام العادى التى تنتهى بحكم الزام، كما أنها تختلف عن هيكل اجراءات الاوامر على العرائض . ولهـذا فأمـر الاداء ليس فى اجراءاته وشكله حكما كما أنه ليس امرا على عريضة . فهو عمل قضائى يصدر نتيجة خصومة قضائية خاصة فى شكل خاص . وهذا يبدو واضحا من قواعد واجراءات أوامر الاداء . فهى ، وان تشابهت فى بعضها مع قواعد الاحكام أو مع قواعد الأوامر على العرائض ، تحتفظ بكيـانها المتميز . ونتيجة لهذا فان أى نقص فى التشريع المنظم لاوامر الاداء يجب الرجوع فيه – ان كان متعلقا بمضمون العمل – الى القواعد العـامة للعمل القضائى ، وان كان متعلقا بهيكل الخصومة الى ما يقتضيه نظام أوامر الاداء . فى مجموعه . فلا يرجع الى قواعـد الاحكـام ولا الى تلك المتعلقة بالأوامر على العرائض ، ما لم تكن متسقة مع هذا النظام .

المبحث الثالث

خصومات خاصة بضمانات القضاة

المطلب الاول : دعوى المخاصمة

٤٢٩ – **المحكمة المختصة** : تحرص التشريعات المختلفـة على جعـل الاختصاص بدعوى المخاصمة لمحكمة أعلى درجة من المحكمة التى يتبعها القاضى المدعى عليه ، لضمان عدم عرض الدعوى على زملاء للمدعى عليه مما قد يؤثر فى حيادهم (١) . ووفقا للقانون المصرى المحكمة المختصة هى :

(أ) احدى دوائر محكمة الاستئناف التى يتبعها المدعى عليه اذا كان قاضيا بالمحكمة الابتدائية أو أحـد أعضاء النيـابة لديها او مستشـارا بمحكمة الاستئناف أو النائب العام او المحامى العام . ويأخذ نفس الحكم الرئيس بالمحكمـة الابتـدائية أو رئيس محكمـة الاسـتئناف (٢) . فاذا قضت هـذه المحكمـة بجـواز قبـول دعـوى المخاصـمة

---

(١) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٨٤٠ ص ٧٠٨ . ديرولبد : رسالة ص ٨٠ .

(٢) ديرولبد : الاشارة السابقة .

أحالت الدعـوى الى دائـرة اخرى بمحكمـة الاسـتئناف اذا كـان المخاصم قاضيا بالمحكمة الابتدائية أو رئيسا بها أو دائرة فيها أو احد اعضاء النيابة لديها ، والى دائرة خاصة مؤلفة من سبعة مستشارين حسب أقدميتهم اذا كان المخاصم مستشارا بمحكمة استئناف أو رئيسا لها أو دائرة فيها أو النائب العام أو المحامى العام .

(ب) احدى دوائر محكمة النقض اذا كان القاضى المخاصم مستشارا بمحكمة النقض أوأحد نواب الرئيس،أوالرئيس .فان قضت بجواز المخاصمة أحالت الدعوى الى الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض . فاذا كانت المخاصمة موجهة الى احدى دوائر محكمة النقض ، رفعت الى دائـرة أخـرى . فان حكمت بجواز قبول المخاصمة أحالت الدعوى الى الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض أو أحد نواب الرئيس . فان قضت بجواز المخاصمة المخاصمة (١) .

٤٢٠ — **ميعاد رفع الدعوى واجراءات رفعها** : لم ينص القانون على ميعاد خاص لرفع دعوى المخاصمة . والرأى الراجح هو اخضاعها لميعاد تقادم دعوى المسئولية المدنية (٢) . فهى تتقادم « بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه » وعلى أية حال « .. بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » (مادة ١٧٢/١ مـدنى) (٣) . على أنه يلاحظ أنه اذا كانت المخاصمة بسبب انكار العدالة ، فان مدة التقادم لا تبدأ الا بعد مضى ثمانية أيام من ثانى اعذار (٤٩٤ / مرافعات) .

وترفع الدعوى بتقرير فى قلم كتاب محكمة الاستئناف أو قلم كتاب محكمة النقض حسب الاحوال بالنظر الى القاضى المدعى عليه . ويجب أن يشتمل التقرير على بيان سبب الدعوى وادلتها . وخشية من أن يتحرج المحامون من توقيع التقرير بالمخاصمة ، مما يؤدى عملا الى عدم التمكن

---

(١) ديروليد : ص ٨١ .

(٢) سوليس وبيرو : جزء اول بند ٨٨٣ ص ٧٠٦ .

(٣) وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة انه اذا كانت دعوى المسئولية ناشئة عن جريمة فلا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية .

من رفع دعوى المخاصمة ، أجاز القانون (مادة ٤٩٥) — استثناء (١) — أن يوقع التقرير من الطالب نفسه دون المحامى • فان لم يوقعه الطالب فيكفى أن يوقع عليه من وكيله المحامى بشرط أن يكون موكلا فى هذا توكيلا خاصا • ويجب أن ترفق بالتقرير الاوراق المؤيدة للدعوى (مادة ٤٩٥/٢و٣) ولا يترتب على مجرد رفعها أى أثر على صلاحية القاضى المخاصم لنظر الدعوى المخاصم من أجالها (٢) •

٤٣١ — نظر دعوى المخاصمة والحكم فيها (٣) : تنظر دعوى المخاصمة على مرحلتين :

١ — مرحلة جواز قبول الدعوى : وتكون أمام دائرة بمحكمة الاستئناف أو بمحكمة النقض حسب ما تقدم فى تعيين المحكمة المختصة• ويكون نظرها فى غرفة المشورة بأمر من رئيس الدائرة بعد تبليغ القاضى المخاصم بصورة من تقرير المخاصمة ، وذلك فى أول جلسة تعقد بعد ثمانية الايام التالية للتبليغ ، ويقوم قلم الكتاب باخطار مدعى المخاصمة بهذه الجلسة (٤٩٥) • وفى هذه الجلسة تسمع النيابة العامة اذا كانت قد تدخلت فى الدعوى (٤٩٦/١) • وفى هذه المرحلة تتأكد المحكمة من أن الدعوى لم تنقض بالتقادم ، وأنها رفعت بالاجراءات التى نص عليها القانون • كما تبحث فى سبب المخاصمة الوارد فى تقرير المخاصمة فى ضوء الادلة المبينة فيه والاوراق المرفقة به (٤) ، فتنظر فيما اذا كان يبدو من ظاهر الوقائع

---

(١) ويعتبر نص المادة ٤٩٥/١ استثناء من القاعدة التى تنص عليها المادة ٥٨ من قانون المحاماة والتى توجب توقيع محام على صحف الدعاوى امام المحاكم الابتدائية وعلى صحف الاستئناف والنقض (انظر ما سبق بند ٢٠٠) .

(٢) اذ تنص المادة ٤٩٨ على أن القاضى المخاصم يكون غير صالح لنظر الدعوى « من تاريخ الحكم بجواز قبول المخاصمة » . وهو ما يعنى انه صالح لنظرها قبل هذا الحكم .

(٣) فيما عدا ما ينص عليه القانون من قواعد خاصة ، تخضع الخصومة الخاصة بدعوى المخاصمة لجميع القواعد التى ينص عليها القانون بالنسبة للخصومة العادية ، شأنها شأن أى دعوى (استئناف الاسكندرية ٣١ مايو ١٩٥٩ — مشار اليه . وقد طبق هذا الحكم عليها القواعد العامة فى ترك الخصومة) .

(٤) استئناف الاسكندرية ٣١ مايو ١٩٥٩ — مشار اليه .

المسندة الى القاضى — بفرض ثبوتها — وجود حالة من حالات المخاصمة التى ينص عليها القانون (١) • ويلاحظ أنه فى هذه المرحلة ، يكون البحث على أساس ما يرد فى تقرير المخاصمة والاوراق المودعة معه • فلا يجوز اجراء تحقيق أو قبول أوراق او مستندات غير التى أودعت مع التقرير (٢)• على أن هذا الحظر لا يكون الا على المخاصم • فهو لا يمنع القاضى المدعى عليه من تقديم المستندات المؤيدة لدفاعه ولا ينفى حق المحكمة فى الاستناد الى ما يحويه ملف الدعوى من أوراق لتكوين عقيدتها (٣) • ويترتب على الحكم بجواز قبول المخاصمة أن يصبح القاضى غير صالح لنظر الدعوى المخاصم من أجلها (٤٩٨) •

٢ — مرحلة الفصل فى دعوى المخاصمة : اذا رأت المحكمة جواز قبول الدعوى ، وجب الانتقال الى نظر موضوعها • وهذه المرحلة الثانية لاتتم أمام الدائرة التى نظرت المرحلة الاولى ، وفقا لما سبق بيانه عند تحديد المحكمة المختصة • وتنظر هذه المرحلة فى جلسة علنية • على أن للمحكمة جعلها سرية وفقا للقواعد العامة • ويحدد تاريخ هذه الجلسة فى نفس الحكم القاضى بجواز قبول المخاصمة ، ويسمع فيها المدعى والقاضى المخاصم والنيابة العامة اذا تدخلت فى دعوى المخاصمة (مادة ٤٩٧) •

واذا خسر المدعى دعواه ، سواء فى المرحلة الاولى بالحكم بعدم جواز قبول الدعوى أو فى المرحلة الثانية بالحكم برفضها ، وجب الحكم عليه — فضلا عن مصاريف الخصومة — بغرامة من ٥٠ الى ٢٠٠ جنيه • وللمحكمة بناء على طلب القاضى المخاصم ، أن تلزم المدعى بتعويض الضرر الادبى الذى أصاب القاضى من جراء رفع دعوى المخاصمة عليه• أما اذا قضت المحكمة فى الدعوى فى المرحلة الاولى بجواز قبولها ، وفى المرحلة الثانية بقبولها ، فانها تحكم على القاضى — فضلا عن

---

(١) نقض مدنى ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦ — مجموعة النقض ٧ ص ١٠٠١ .

(٢) محكمة استئناف المنصورة ٢ فبراير ١٩٧٨ — مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ — عدد ٢ ص ١٩٧ بند ٢٧ .

(٣) نقض مدنى ٢٤ يناير ١٩٧٨ — فى الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٤٣ ق .

المصاريف ــ بالتعويض (مادة ٤٩٩/١)(١) • على أنه يلاحظ أنها لا تحكم بقبول الدعوى لمجرد توافر سبب المخاصمة ، وانما يجب أن يثبت المدعى الضرر الذى أصابه من هذا السبب (٢) ، ذلك أن دعوى المخاصمة هى دعوى مسئولية ترمى الى تعويض ضرر ما • واذا كانت الدولة قد اختصمت فى الدعوى حكم عليها أيضا بما يحكم على القاضى ، على أن لها الرجوع على القاضى بما تدفعه وفقا للقواعد العامة •

واذا كانت المخاصمة تستند الى قيام القاضى بعمل أو بحكم مشوب بعيب من أسباب المخاصمة ، فان المحكمة تقضى فى نفس حكمها بالتعويض ببطلان العمل • على أنه اذا تعلق الامر بحكم صدر لمصلحة غير المدعى فى دعوى المخاصمة ، فليس للمحكمة أن تقضى ببطلانه الا بعد سماع أقوال من صدر هذا الحكم لمصلحته • واذا قضت المحكمة ببطلان الحكم الذى أصدره القاضى فليس لها نظر الدعوى التى فصل فيها هذا الحكم ، وانما يترتب على بطلان الحكم اعادة الحال الى ما كان عليه قبل بدء الخصومة التى انتهت به • ويكون لذى الشأن رفع الدعوى من جديد • على أنه يستثنى من هذا حالة ما اذا حكمت المحكمة فى دعوى المخاصمة ببطلان الحكم الذى صدر لمصلحة غير المدعى فى دعوى المخاصمة ، اذ « يجوز للمحكمة فى هذه الحالة أن تحكم فى الدعوى الاصلية اذا رأت أنها صالحة للحكم ، وذلك بعد سماع أقوال الخصوم » (مادة ٤٩٩) •

والحكم الصادر بعدم جواز قبول دعوى المخاصمة (٣) ، أو بقبولها والالزام بالغرامة والتعويض أو البطلان لا يقبل الطعن اذا صدر من محكمة الاستئناف (٤) الا بطريق النقض (مادة ٥٠٠) (٥) •

---

(١) واختصاص هذه المحكمة بطلب التعويض هو اختصاص اضافى لا يسلب المحكمة المختصة أصلا طبقا للقواعد العامة اختصاصها بنظره . (نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق) .

(٢) استئناف الاسكندرية ٣١ مايو ١٩٥٩ — مشار اليه .

(٣) أما الحكم بجواز قبول المخاصمة فلا يقبل الطعن على استقلال باعتباره حكما غير منه للخصومة .

(٤) أما اذا صدر من محكمة النقض ، فلا يقبل الطعن بأى طريق .

(٥) نقض أحوال شخصية فى ١٩٨٤/٥/١٥ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٥٣ ق . فهو لا يقبل الطعن بالتماس اعادة النظر .

المطلب الثانى : خصومة رد القضاة

٤٣٢ ـ طبيعة الخصومة : تعتبر خصومة الرد خصومة حقيقية بين طالب الرد والقاضي ترمى الى تقرير وجود التزام القاضي بالتنحى وعدم صلاحيته لهذا لنظر الدعوى • وهى خصومة ذات طبيعة قضائية اذ تهدف الى صدور حكم يقرر حقا للمدعى طالب الرد فى مواجهة القاضي • وهو حكم يحوز حجية الأمر المقضى ، شأنه شأن أى حكم فاصل فى دعوى قضائية (١) • على أن خصومة الرد خصومة من نوع خاص تختلف فى طبيعتها وأطرافها وموضوعها واجراءات رفعها ونظرها والفصل فيها عن باقى الخصومات ، لذلك أحاطها القانون بضمانات معينة راعى فيها أساسا الحفاظ على هيبة القاضى وعدم المساس به صيانة له من الريب (٢) •

٤٣٣ ـ اجراءات طلب الرد واثره فى وقف الخصومة : تبدأ خصومة الرد بطلب يقدم من أحد الخصوم فى الدعوى المطلوب رد القاضى عن نظرها • ويقدم هذا الطلب بتقرير يكتب بقلم كتاب المحكمة التى يتبعها القاضى المطلوب رده ، يوقعه الطالب نفسه أو وكيله المفوض فيه بتوكيل خاص يرفق بالتقرير • ويجب أن يتضمن التقرير تحديد سبب الرد والأدلة المثبتة لهذا السبب (٣) ، وأن يكون هذا السبب من الأسباب التى نص عليها القانون • كما يجب أن يتضمن التقرير تعيين طالب الرد وتعيين القاضى المطلوب رده (٤)،(٥) • ويرفق بالتقرير عند كتابته

---

(١) ميكيلي : جزء أول بند ٤٦ ص ١٦١ . زانزوكي : جزء اول ص ٣٠٢ . كوستا : بند ١٤٦ ص ١٧٦ . محمد كمال عبد العزيز ص ٣٢٩ . عكس هذا : ساتا : بند ٣٤ ص ٤٧ ويرى أن الامر يتعلق بسلطة اجرائية للخصم . وايضا : ابو الوفا : بند ٦٦ ص ١٦١ .

(٢) نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٨٥ ــ فى الطعن رقم ٩٢١ لسنة ٤٩ ق . (ويضيف الحكم : أن خصومة الرد لا تتضمن ادعاء بحق مطالب به قبل شخص معين وليس فيها خصوم يتناضلون فى هذا الادعاء اثباتا ونفيا) .

(٣) دونوفريو : جزء أول بند ١٤٣ ص ١١٢ . ليبمان : جزء أول بند ٦٠ ص ١٢٨ .

(٤) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٩٤ ص ٦٧٦ ــ ٦٧٧ .

(٥) فاذا كان الرد فى حق قاض جلس ــ فى حضور الخصوم ــ لاول مرة لنظر القضية ، جاز رده بمذكرة تسلم لكاتب الجلسة . وعلى الطالب بعد ذلك ان يؤيد المذكرة بتقرير بالرد يقدم فى قلم الكتاب فى نفس اليوم والا سقط حقه فيه (١٥٤ مرافعات) .

الأوراق المؤيدة له . وتأكيدا لجدية الطلب ، يجب على الطالب أن يودع عند التقرير خمسة وعشرين جنيها على سبيل الكفالة (مادة ١٥٣ معدلة بقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) . ويجب أن يقدم طلب الرد قبل الكلام فى الموضوع أو ابداء أى دفع فى الخصومة الأصلية التى يطلب رد القاضى فيها ، والا سقط الحق فى الطلب (١٥١ مرافعات) (١) . على أنه اذا لم يقم سبب الرد ، أو لم يعلم به الطالب ، الا بعد الكلام فى الموضوع ، فله طلب الرد رغم سبق كلامه فى الموضوع (١٥٢ مرافعات)(٢). ولم يحدد القانون المصرى ميعادا فى هذه الحالة . على أنه من المفهوم أن على الخصم أن يقدم طلبه بلا تأخير والا عد متنازلا عن حقه فى طلب الرد .

ويجب — فى جميع الأحوال — أن يحصل التقرير بالرد قبل اقفال باب المرافعة فى طلب رد سابق مقدم فى الدعوى اذا كان مقدم الطلب الجديد قد أخطر بالجلسة المحددة لنظره ، وكانت أسباب الرد التى يراد ابداؤها قائمة عند اقفال باب المرافعة فى الطلب السابق (مادة ٢/١٥٣ مضافة بقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) .

ولم يتطلب القانون اعلان القاضى بتقرير الرد ، اذ حضوره ليس لازما عند نظر طلب الرد الا اذا رأت المحكمة سماع أقواله (٣) . على أنه تفاديا لتعطيل الفصل فى الدعوى الأصلية بسبب طلبات الرد المتتابعة من الخصوم ، أوجبت المادة ١٥٧ — معدلة بقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦ — على قلم الكتاب اخطار باقى الخصوم فى هذه الدعوى بالجلسة المحددة لنظره وذلك لتقديم ما قد يكون لديهم من طلبات رد .

---

(١) فاذا كان الرد فى حق قاض ندبته المحكمة للتحقيق ، مثلا لسماع الشهود أو للمعاينة ، فانه يجب — حتى لا يتعطل اجراء التحقيق — تقديم طلب الرد خلال ٣ ايام من صدور قرار الندب اذا صدر القرار فى حضور طالب الرد ، أو من يوم اعلانه بالقرار اذا كان قد صدر فى غيبته . (مادة ٢/١٥١) وانظر : سوليس وبيرو : جزء أول بند ٦٩٤ ص ٦٧٧ .

(٢) والمقصود فى كل ما تقدم الكلام فى موضوع القضية (ولو تعلقت بالقانون لا بالواقع) أمام المحكمة المطلوب رد أحد أو بعض قضاتها . ولهذا فانه يمكن طلب رد أحد مستشارى الاستئناف رغم سبق الكلام فى الموضوع امام محكمة اول درجة ، كما انه يمكن طلب رد أحد مستشارى النقض رغم ان القضية أمام النقض لاتتعلق بالوقائع .

(٣) نقض مدنى ٥ يناير ١٩٧٧ — فى الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ ق .

ويترتب على مجرد تقديم الطلب وقف الخصومة بالنسبة للدعوى الأصلية المطلوب رد القاضي عن نظرها . ويتم الوقف بقوة القانون دون حاجة لحكم به ، فيمتنع على القاضي وعلى الخصوم فى تلك الدعوى القيام بأى نشاط اجرائى فيها (١) . على أنه منعا من الاضرار بمصالح خصم طالب الرد ، يجوز للمحكمة « فى حالة الاستعجال » ندب قاض بدلا ممن طلب رده (مادة ١٦٢) . ولهذا القاضي المنتدب أن يقوم فقط بما يقتضيه الاستعجال ، أى بالاجراءات التى لا تحتمل التأخير . واذا رفض طلب الرد ، استأنفت الخصومة سيرها أمام القاضي المطلوب رده من الحالة التى كانت عليها يوم تقديم طلب الرد ، فلا يؤثر الوقف فيما كان للخصوم من مراكز اجرائية قبله (٢) .

ومنعا من تعطيل نظر الدعوى بسبب طلبات الرد المتعاقبة ، تنص المادة ١٦٢ مكرر (مضافة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦) على أنه « اذا قضى برفض طلب الرد أو سقوط الحق فيه أو عدم قبوله أو اثبات التنازل عنه لا يترتب على تقديم أى طلب آخر وقف الدعوى الأصلية . ومع ذلك يجوز للمحكمة التى تنظر طلب الرد أن تأمر بناء على طلب أحد ذوى الشأن بوقف السير فى الدعوى الأصلية ، ويسرى فى هذه الحالة حكم المادة السابقة » . ومفاد هذا النص :

(أ) أن وقف الخصومة كأثر لتقديم طلب الرد انما يترتب كأثر لأول طلب رد موجه الى قاض ينظر الدعوى الأصلية . أما أى طلب آخر للرد ، ولو كان موجها الى قاض آخر فى نفس الهيئة التى تنظر الدعوى ، فانه لايترتب على مجرد رفعه وقف الخصومة .

(ب) أن الطلب لايعتبر طلبا آخر غير موقف بذاته للخصومة الا اذا كان الطلب الأول قد قضى برفضه أو بسقوط الحق فيه أو بعدم قبوله أو باثبات التنازل عنه . فاذا قدم طلب رد ثان قبل أن يفصل فى طلب الرد الأول ، فلا يسرى عليه نص المادة ١٦٢ مكرر . ويترتب عليه بذاته وقف الخصومة . ومن ناحية أخرى ، فان انتهاء الخصومة بغير حكم فى موضوعها لسبب غير الأسباب التى ذكرتها المادة ، أى بغير حكم برفض

---

(١) دونوفريو : جزء أول بند ١٤٥ ص ١١٣ .

(٢) استئناف مصر ٢٠ فبراير ١٩٤٦ — المحاماة ٢٦ — ٦٠٦ — ٢٤٦ .

الطلب أو بعدم قبوله أو سقوط الحق فيه أو اثبات التنازل عنه ، لا يمنع طلب الرد المقدم بعد ذلك من أن يرتب بذاته وقف الخصومة . ولهذا فانه اذا حكم ببطلان طلب الرد أو بعدم الاختصاص به ، وقدم طلب جديد فانه يوقف بذاته الخصومة فى الدعوى الأصلية .

٤٣٤ — تحضير القضية ونظرها والحكم فيها : يرفع كاتب المحكمة تقرير الرد الى رئيسها خلال أربع وعشرين ساعة . فيقوم الرئيس فورا باطلاع القاضى المطلوب رده على التقرير ، ويأمر بارسال صورة منه للنيابة العامة . وعلى القاضى الاجابة كتابة عن وقائع الرد وأسبابه المبينة فى التقرير خلال أربعة أيام من اطلاعه عليها (١) . فاذا اعترف القاضى فى اجابته بوقائع الرد وبأنها تصلح قانونا سببا لرده (٢) ، أصدر رئيس المحكمة أمرا بتنحيه . ويأخذ حكم اعتراف القاضى ، عدم اجابة القاضى فى الميعاد المقرر . اذ يعتبر هذا اعترافا ضمنيا (المادتان ١٥٥ و١٥٦ مرافعات) .

فاذا لم يعترف القاضى — صراحة أو ضمنا — بسبب الرد ، قام رئيس المحكمة فى اليوم التالى لانقضاء ميعاد الأربعة الأيام السالفة الذكر بتحديد الدائرة التى تتولى نظر طلب الرد (٣) . ويتم تحقيق القضية ونظرها فى غرفة المشورة حرصا على كرامة القاضى . ولنفس العلة ، اذا كانت القاعدة هى تطبيق القواعد العامة فى الاثبات (٤) ، فانه استثناء منها لا يجوز استجواب القاضى أو توجيه اليمين اليه . وذلك سواء كان اليمين حاسما أو تكميليا . وتسمع المحكمة طالب الرد

---

(١) فاذا كان القاضى المطلوب رده منتدبا من محكمة أخرى ، أمر رئيس المحكمة بارسال تقرير الرد ومستنداته الى المحكمة التابع لها القاضى لتطلعه عليها وتتلقى جوابه عنها ثم تعيدها الى المحكمة الأولى (مادة ١٥٨) .

(٢) لايتضح هذا من المادة ١٥٦ / ٢ . ولكننا نعتقد أن تقدير ما اذا كان السبب المنسوب الى القاضى يصلح للرد يرجع — فى هذه المرحلة — اليه . فاذا كان القاضى قد اعترف بالوقائع ونفى أنها تصلح سببا للرد ، فليس لرئيس المحكمة أن يأمر بتنحيته ، اذ يلزم عندئذ حكم من المحكمة المختصة بطلب الرد .

(٣) وللقاضى أن يطلب الاذن له بالتنحى فى أى وقت ، ولو بعد انقضاء ميعاد الاربعة أيام . وقد حكم بأن هذا التنحى لا يزيل التزام المحكمة بالفصل فى طلب الرد ، وذلك لتحديد الملتزم بالمصاريف . (نقض ايطالى ١٢ مارس ١٩٥١ — مجموعة الاحكام . . جزء أول ص ٢٤٧ رقم ٧) .

(٤) دونوفريو : جزء أول بند ١٤٦ ص ١١٣ .

والقاضي والنيابة العـامة اذا تدخلت ، وذلك دون خصم طالب الرد فى الخصـومة الأصلية ، وتصدر حكمها فى جلسة علنية (مادة ١٥٧) .

واذا كانت قد قدمت طلبات رد قبل اقفال باب المرافعة فى طلب رد سابق ، وفقا للمادة ١٥٢/٢ ، فان على رئيس المحكمة احالة هذه الطلبات الى الدائرة ذاتها المنظورة أمامها ذلك الطلب . وعلى هذه الدائرة اصدار حكم واحد فى جميع هذه الطلبات . ولايلزم بالنسبة للطلبات المقدمة من الخصوم قبل قفل باب المرافعة فى طلب رد سـابق ، التقيد بنص المادة ١٥٦ أو المادة ١٥٨ (المادة ١٥٨ مكرر مضافة بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٦) . وهو ما يعنى أن الدائرة التى تنظر طلب الرد السابق ، تنظر الطلبـات الأخرى المقدمة دون أن تمر على التحضير الذى تنص عليه المادة ١٥٦(١)، كما أنها تفصل فيها ولو كان القاضى المطلوب رده منتدبا من محكمـة أخـرى .

واذا قضت المحكمة بعدم قبول طلب الرد ، أو بسقوط الحق فيـه أو برفضه ، ألزمت الطالب بغرامة من عشرين الى مائة جنيه ، وبمصادرة الكفالة . فاذا كان السبب الذى من أجله طلب الرد هو قيـام عداوة أو مودة بين القـاضى وأحد الخصـوم يرجح معهـا عدم استطاعته الحكم بغير ميل ، فعندئذ يجوز أن تصل الغرامة الى مائتى جنيـه . وتتعدد الغرامة بتعدد القضاة المطلوب ردهم . واذا تنازل طالب الرد عن طلبه اكتفى بمصادر الكفالة (مادة ١٥٩ معدلة بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٧٦) . ويترتب على الحكم برفض طلب الرد ، أو بعدم قبوله أو سقوط الحق فيه ، أن تعود الخصومة الى السريان أمام القاضى الذى طلب رده . على أنه اذا كان هذا القاضى قد رفع دعوى تعويض على طالب الرد(٢) ، أو قدم ضده بلاغا لأى جهة ولو ادارية ، فانه يصبح بهذا غير صـالح لنظر الدعوى (مادة ١٦٥) ولايعود — رغم رفض الرد — صالحا لنظرها . أما اذا قضت المحكمة بقبول طلب الرد ، فانها تلزم القاضى بالمصاريف

(١) رغم اشارة المادة ١٥٨ مكرر الى عدم التقيد بالمادة ١٥٦ ، فاننا نعتقد انه اذا بادر القاضى الى الاعتراف بسبب الرد ، فانه لا يعود هنـا محل للحكم برده ، وانما يصدر رئيس المحكمة امرا بتنحيته .

(٢) على ان عدم رفع القاضى المطلوب رده دعوى التعويض اثناء اجراءات الرد لا يسقط حقه فى رفعها بعد ذلك . (نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٨٣ — فى الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق .) .

وفقا للقواعد العامة (١) • ويترتب على الحكم بالرد أن يصبح القاضى غير صالح لنظر الدعوى • فاذا نظرها ، كان حكمه فيها باطلا •

وفيما عدا ما نص عليه القانون من قواعد خاصة بخصومة الرد ، وما يتنافى مع الطبيعة الخاصة لخصومة الرد والغرض منها (٢) ، تخضع هذه الخصومة لجميع القواعد العامة التى تخضع لها الخصومة العادية •

٤٣٥ ـ المحكمة المختصة بطلب الرد : تختص بطلب الرد نفس المحكمة التى ينتمى اليها القاضى أو القضاة المطلوب ردهم • على أنه ـ بداهة ـ لايجوز أن يشترك هؤلاء فى نظر الطلب (٣) ، والا أصبح الشخص خصما وحكما فى نفس الوقت • فاذا طلب رد جميع قضاة المحكمة الابتدائية أو بعضهم بحيث لايبقى من عددهم ما يكفى للنظر فى الطلب ، فعندئذ رأى المشرع المصرى ـ بغير مبرر فى تقديرنا (٤) ،

---

(١) يذهب البعض الى ان القاضى لا يلزم بالمصاريف . ويستند هذا الراى أساسا الى ان طلب الرد لاينشىء خصومة ، والقاضى لا يعتبر خصما . (من هذا الرأى : دونوفريو : جزء أول بند ٢٤٥ ص ١٨٤ . أبو الوفا : ص ١٦١ هامش ٢) وقد سبق أن بينا أن الراى الراجح فى الفقه هو ان الامر يتعلق بخصومة حقيقية ، ولهذا فان القاضى يقضى عليه بالمصاريف وفقا للقواعد العامة . (كيوفندا : نظم جزء ثان بند ٢١٣ ص ٢١٢ . وانظر فى مصر : رمزى سيف : بند ٥٦ ص ٤٨٣ . وفى فرنسا : سوليس وبيرو : جزء اول بند ٧٩٦ ص ٦٨٠) .

(٢) ولهذا قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها انه حفاظا على هيبة القضاء وعدم المساس به ، فان الفصل فى طلب الرد يجب عدم تعليقه على مشيئة طالب الرد . ولهذا فان دعوى الرد لايرد عليها الشطب عند تغيب طالب الرد ، كما انه لا يجوز لطالب الرد ترك الخصومة فيها نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٨٥ فى الدعوى رقم ٩٢١ لسنة ٥٦ ق .) وقد اضاف الحكم أن ما تنص عليه المادة ١٥٩ معدلة سنة ١٩٧٦ من اثبات التنازل عن طلب الرد، يقصدبه التنازل عن دعوى الرد، وليس ترك الخصومة التى يبقى معها الحق فى الدعوى والحق المدعي به . وبهذا عدلت المحكمة عن اتجاه آخر لها (نقض مدنى ٥ يناير ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٩٦٧ لسنة ٤٤ ق.) قررت فيه جواز ترك طالب الرد للخصومة واعمال الترك دون توقفه على قبول القاضى المطلوب رده لهذا الترك .

(٣) سوليس وبيرو : جزء أول بند ٧٩٥ ص ٦٧٨ . فاذا كانت المحكمة مشكلة من عدة دوائر ، فالاولى بالفصل فيه الدائرة التى تنظر الدعوى الاصلية . (استئناف مصر ٦ أكتوبر ١٩٤٠ ـ المحاماة ٢١ ـ ٤٤٩ ـ ١٩٩) .

(٤) اذ ان نظر الطلب امام محكمتين مختلفين يؤدي الي التعقيد ، وفى فرنسا تعرض المرحلتان امام المحكمة الاعلى . انظر : سوليس وبيرو : جزء اول بند ٧٩٥ ص ٦٧٨ والاحكام المشار اليها فى حاشية ٣ .

تقسيم نظر الطلب الى مرحلتين وتخويل الاختصاص بكل مرحلة الى محكمة مختلفة . وهاتان المرحلتان هما (مادة ١٦٤/١) :

١ — مرحلة جواز قبول الطلب : وينظر فيها فيما اذا كان الطلب صحيحا وقدم فى الميعاد القانونى ، وقبل الكلام فى الموضوع . وما اذا كان السبب المشار اليه فيه هو أحد أسباب الرد التى ينص عليها القانون. وهذه المرحلة تكون أمام محكمة الاستئناف التى تتبعها المحكمة الابتدائية المقدم لها طلب الرد . فيرفع طلب الرد — بعد تحضيره وفقا لما تقدم فى البند السابق — الى هذه المحكمة للحكم بجواز أو عدم جواز قبوله وليس الى دائرة بالمحكمة التى ينتمى اليها القاضى المطلوب رده .

٢ — مرحلة نظر موضوع الطلب : وتكون هذه بعد الحكم فى المرحلة الأولى بجواز قبول الطلب . فبعد هذا الحكم ، تحيل محكمة الاستئناف الدعوى الى أقرب محكمة ابتدائية للفصل فى موضوعها .

أما اذا طلب رد جميع مستشارى محكمة الاستئناف أو بعضهم بحيث لايبقى من عددهم ما يكفى للحكم ، فان طلب الرد يرفع — بعد مرحلة التحضير — الى محكمة النقض . فان قضت بجواز قبوله حكمت هى فى موضوعه (١٦٤/٢) .

٤٣٦ — الطعن فى الحكم فى طلب الرد : يقبل الحكم فى طلب الرد الطعن بطرق الطعن المختلفة وفقا للقواعد العامة . على أنه اذا كانت القاعدة العامة هى أن الحكم يقبل الطعن فيه من المحكوم عليه ، سواء كان المدعى أو المدعى عليه ، فانه يبدو من نصوص القانون المصرى (المواد ١٦٠ و١٦١ و١٦٢/٢) أن المشرع لم يجز الطعن بالاستئناف الا لطالب الرد . ومفاد هذا أنه ليس للقاضى اذا صدر حكم برده أن يطعن فى هذا الحكم بالاستئناف ، ولو كان الحكم يقبله من المحكوم عليه [١] . وليس أساس هذا — كما يذهب البعض [٢] — أن القاضى ليس خصما ، وانما أساسه هو رغبة المشرع فى عدم جعل القاضى يتمادى فى الخصومة بعرض القضية مرة أخرى على محكمة الاستئناف .

---

(١) عكس هذا : رمزى سيف : بند ٥٦ ص ٨٢ — ٨٤ .
(٢) أبو الوفا : بند ٦٦ ص ١٦١ .

وقد أورد المشرع بعض القواعد الخاصة التى تنطبق على استئناف الحكم الصادر فى طلب الرد ضد طالبه ، والتى تخالف القواعد العامة فى الاستئناف (١) . واذا استؤنف الحكم استمر وقف الخصومة التى طلب رد القاضى بشأنها حتى يفصل فى الاستئناف . على أنه اذا كان الحكم المستأنف هو حكم برفض طلب الرد (وليس مجرد حكم بعدم قبوله) جاز للمحكمة التى تعرض أمامها تلك الخصومة « فى حالة الاستعجال » وبنــاء على طلب الخصــم طالب الرد أن تندب قاضيا بدلا ممن طلب رده (١٦٢) .

المبحث الرابع
حل تنازع الولاية

٤٣٧ ــ اجراءات الطلب واثره : يحدد قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ اجراءات طلب تعيين الجهة ذات الولاية ونظره والحكم فيه فى المواد ٢٨ وما بعدها منه . وقد أحال فيما لم يرد بشأنه نص خاص الى الأحكام المقررة فى قانون المرافعات . وذلك « بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها » (مادة ٢٨) . وهو ما يردده نص المادة ٥١ اذ أحال بالنسبة للأحكام والقرارات فيما لم يرد بشأنه نص فى قانون المحكمة الدستورية الى « القواعد المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجــارية بما لا يتعارض وطبيعــة تلك الأحــكام والقرارات » .

ولم يبين قانون المحكمة الدستورية العليــا اجراءات طلب تعيين المحكمة ذات الولاية مكتفيا بالنص فى المادتين ٣١ و٣٢ على الاشارة الى بعض بياناته . ولكن يفهم من مجموع النصوص الاجرائية الواردة فى

---

(١) وتنص عليها المادتان ١٦٠ و ١٦١ . وهى : ١ ــ يجوز الاستئناف ولو كان موضوع الدعوى التى يطلب رد القاضى عن نظرها مما يحكم فيــه نهائيا . ٢ ــ يكون الاستئناف بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم . ٣ ــ ميعاد الاستئناف خمسة أيام من تاريخ صدور الحكم . ٤ ــ على كاتب المحكمة التى أصدرت الحكم أن يرسل من تلقاء نفسه تقرير الاستئناف وملف الرد خلال الثلاثة الأيام التالية للتقرير الى محكمة الاستئنـــاف وعلى قلم كتاب محكمة الاستئناف عرض الاوراق على رئيس المحكمة لاحالتها الى احدى دوائرها . ٥ ــ ينظر الاستئناف وفقا لقواعد نظر طلب الرد التى نصت عليها المادة ١٥٧ . ٦ ــ خلال اليومين التاليين للنطق بالحكم فى الاستئناف ، على قلم الكتاب اعادة ملف القضية وبه صورة من الحكم الى المحكمة التى طعن فى حكمها بالاستئناف .

قانون المحكمة الدستورية فى المواد ٢٨ وما بعدها ، أن الطلب يقدم بعريضة تودع قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا (١) موقعا عليها من محام مقبول للمرافعة أمام هذه المحكمة (مادة ٣٤) (٢) . وتتضمن فضلا عن البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم وموطن كل منهم ، بيان موضوع النزاع وجهات القضاء التى نظرته وما اتخذته كل منها فى شأنه (مادة ٢/٣١) . فان تعلق النزاع بتناقض بين حكمين وجب فضلا عن بيان النزاع القائم حول التنفيذ بيان وجه التناقض بين الحكمين (٢/٣٢) . ويجب عند ايداع الطلب أن يرفق به صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع فى شأنهما التنازع أو التناقض . وتنص المادة ٣٤ على عدم قبول الطلب كجزاء لعدم ارفاق هذه الصور .

وعلى خلاف القواعد العامة لا يحصل رسم على الطلب (مادة ٥٢) ، وذلك على أساس أن القضية فى الواقع لا ترجع الى خطأ أى من الأطراف وانما الى خطأ من احدى جهتى القضاء لايد للخصوم فيه (٣) .

ويقبل طلب حل التنازع من أى من أطراف الدعوى محل التنازع(٤) اذ وفقا لكل من المادتين ١/٣١ و١/٣٢ يقبل الطلب من كل ذى شأن . وفى حالة قيام الدعوى أمام الجهتين ، يترتب على مجرد تقديم الطلب وقف السير فى الدعوى أمام الجهتين حتى يفصل فى الطلب (مادة ١٩ من قانون السلطة القضائية ومادة ٣/٣١ من قانون المحكمة الدستورية)(٥).

---

(١) فان رفعت بغير هذا الاجراء ، او أحالت احدى الجهتين مسألة التنازع مباشرة الى المحكمة الدستورية العليا قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم القبول (المحكمة العليا فى ٣ يوليو ١٩٧١ قضية رقم ٥ لسنة ٢ قضائية « تنازع ») .

(٢) أو عضو بادارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الاقل (مادة ٣٤) . ووفقا للمادة ٤٣ من قانون المحكمة يقبل للمرافعة أمامها المحامون المقبولون أمام محكمة النقض أو المحكمة الادارية العليا . ويعتبر مكتب المحامى الذى وقع على الطلب محلا مختارا للطالب ، وذلك ما لم يعين الطالب محلا مختارا لاعلانه فيه . (مادة ٣٦) .

(٣) العشماوى : جزء أول بند ٤٢٩ ص ٥٤٥ . رمزى سيف : بند ١٦٥ ص ٢٠٩ .

(٤) كوستا : بند ٨٥ ص ١١٢ .

(٥) ويتم هذا الوقف عادة بناء على طلب ممن تقدم طلب حل التنازع . وعلى المحكمة أن تجيبه الى طلب الوقف ، ويكون قرار المحكمة مجرد تقرير لتحقيق هذا الوقف كأثر لطلب حل التنازع . فالوقف يترتب بقوة القانون على هذا الطلب . (أنظر : العشماوى : جزء أول بند ٤٣١ ص ٥٤٧ — ٥٤٨).

وحكم القانون المصرى فى هذا الشأن محل نقد ، ذلك أن الخصم سىء النية يستطيع اذا رفعت عليه الدعوى أن يسارع برفع نفس الدعوى أمام الجهة القضائية الأخرى ، ثم يطلب حل التنازع فيوقف الفصل فى الدعوى (١) .

أما فى حالة التناقض بين حكمين ، فلا يترتب الوقف بقوة القانون كأثر لطلب حل التنازع ، وانما ينص القانون على أن لرئيس المحكمة الدستورية العليا أن يأمر — بناء على طلب ذوى الشأن — بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما (مادة ٣/٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا)(٢) ووفقا لهذا النص لايجوز لرئيس المحكمة أن يأمر بالوقف من تلقاء نفسه.

٤٣٨ — تحضير القضية ونظرها والحكم فيها : على قلم كتاب المحكمة قيد الطلب فى السجل المعد للقيد بالمحكمة فى نفس يوم تقديمه ، وعليه أيضا — فى ميعاد لايجاوز خمسة عشر يوما من هذا التقديم — اعلان الطلب الى ذوى الشأن (٣) . ويتم الاعلان وفقا للقواعد العامة للاعلان عن طريق قلم المحضرين (مادة ٢/٣٥) .

ويجرى تحضير القضية فى قلم الكتاب . فوفقا للمادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، لكل من أعلن بالطلب (٤) أن يودع قلم الكتاب مذكرة بملاحظاته مشفوعة بمستنداته وذلك خلال خمسة عشر يوما من

---

(١) رمزى سيف : بند ١٦٧ ص ٢١٠ .

(٢) ليس لرئيس المحكمة ان يأمر بالوقف الا اذا كان الظاهر يدل على احتمال التناقض بين الحكمين . فاذا طلب حل التنازع بين حكم لم يقض الا بندب خبير والحكم الفاصل فى الدعوى فلا محل لطلب وقف التنفيذ (الجمعية العمومية لمحكمة النقض ١٩ مايو ١٩٥١ . المحاماة ٣٣ — ٣٩٣ — ٢١٦) .

(٣) وليس بينهم النيابة العامة . عكس هذا : ابراهيم نجيب — ص ٣٩٣ هامش (١) . وتنص المادة ٣/٣٥ على ان تعتبر الحكومة من ذوى الشأن فى الدعاوى الدستورية ، ولو اراد المشرع اعلان النيابة بالنسبة لطلبات حل تنازع الولاية لحرص على النص على ذلك كما فعل بالنسبة للحكومة بصدد الدعاوى الدستورية .

(٤) وفقا للمادة ٣٧ يكون الايداع « لكل من تلقى اعلانا بقرار احالة او دعوى . . » مما قد يفهم منه ان التحضير يقتصر على الدعاوى الدستورية ، ولكن من المؤكد أن التحضير يشمل كل ما تختص به المحكمة الدستورية ، وهو ما يفهم من نص المادة ٣٩ .

اعلانه . وللطالب ايداع مذكرة بالرد مشفوعة بالمستندات فى ميعاد خمسة عشر يوما من انتهاء الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة السابقة (١). فان قدمت مذكرة بالرد ، كان لمن قدم الطلب ضده ايداع مذكرة بالتعقيب عليها فى ميعاد خمسة عشر يوما التالية لانتهاء الميعاد السابق . وعلى قلم الكتاب تحرير محضر يثبت فيه تاريخ تقديم هذه المذكرات والمستندات. ولايجوز له بعد انقضاء المواعيد سالفة الذكر أن يقبل أوراقا من الخصوم (مادة ٣٨) . ويقوم قلم الكتاب فى اليوم التالى لانتهاء المواعيد المتعلقة بتبادل المذكرات بعرض ملف القضية على هيئة مفوضى الدولة أمام المحكمة الدستورية التى تتولى تهيئة القضية للفصل فيها ، وفقا للقواعد التى تنص عليها المادة ٣٩ من قانون المحكمة . وبعد تحضير القضية ، يودع المفوض تقريرا عنها محددا وقائع الدعوى والمسائل القانونية التى يثيرها النزاع ويبدى رأيه مسببا . ويجوز لذوى الشأن الاطلاع على تقرير المفوض بقلم الكتاب ، كما أن لكل منهم طلب صورة منه على نفقته (مادة ٤٠) .

ويقوم رئيس المحكمة خلال أسبوع من ايداع تقرير المفوض بقلم كتاب المحكمة بتحديد تاريخ الجلسة التى ينظر فيها الطلب . ويتولى قلم الكتاب اخطار ذوى الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل بعلم وصول ، ويراعى فى تحديد تاريخ الجلسة وفى الاخطار بها منح ذوى الشأن ميعادا للحضور لايقل عن خمسة عشر يوما . على أن لرئيس المحكمة فى حالة الضرورة سلطة قاضى الأمور الوقتية فى الأمر بتقصير هذا الميعاد بناء على طلب ذى الشأن صاحب المصلحة فى ذلك . وعندئذ يجب ألا يقصر الميعاد الى أقل من ثلاثة أيام ، كما يجب اعلان أمر التقصير مع الاخطار بتاريخ الجلسة (مادة ٤١) .

وتنظم المواد ٤٢ وما بعدها اجراءات وقواعد نظر القضية . ويتضح منها أن الطلب ينظر فى جلسة علنية ولكن بغير مرافعة اكتفاء بما قدم من مذكرات (٢) . وذلك الا اذا رأت المحكمة ضرورة المرافعة وعندئذ

---

(١) ويلاحظ أن الميعاد هنا يبدأ من انتهاء الميعاد السابق وليس من تقديم ملاحظات ذوى الشأن .

(٢) وللمحكمة ان ترخص لمحامى الخصوم ولهيئة المفوضين بتقديم مذكرات تكميلية فى المواعيد التى تحددها . (٤٤/أخيرة) .

ليس للخصوم الحضور بغير محام معهم • على أنه ليس للخصوم الذين لم تودع مذكرات باسمهم انابة محام للحضور عنهم • (مادة ٤٤) • ويجب لصحة انعقاد الجلسة أن يحضرها مفوض بدرجة مستشار على الأقل • (مادة ٤٢) • ولأن الطلب ينظر فى الأصل بغير مرافعة ، فلا تسرى عليه القواعد العامة فى الحضور والغياب (مادة ٤٥) •

ويصدر الحكم — كغيره من الأحكام — باسم الشعب (مادة ٤٦) ، وهو يصدر من سبعة مستشارين بأغلبية آرائهم • وتقوم المحكمة العليا فى حكمها بتحديد الجهة ذات الولاية ، ويكون حكمها ملزما (١) ، فاذا كانت الدعوى قائمة أمام جهتين ، تنتهى الخصومة القائمة أمام الجهـة التى قضى الحكم بعدم ولايتها ، وتبقى أمام الجهة الأخرى • واذا تعلق الأمر بقضاءين متناقضين ، فان القضاء الصادر من الجهة الأخرى يعتبر كأن لم يكن (٢) • واذا تعلق الأمر بتنازع سلبى ، فان الجهة التى تقررت ولايتها تلتزم بنظر الدعوى اذا رفعت اليها من جديد • فلا تستطيع أن تقضى بعد ذلك بعدم ولايتها •

وليس للمحكمة الدستورية ، وهى تعين الجهة ذات الولاية ، أن تتعرض لموضوع الدعوى أو أن تمسه ، أو أن تقضى بقبول الدعوى أو بعدم قبولها أو برفضها (٣) ، أو أن تقوم — وهى تفاضل بين حكمين — بتصحيح الحكم (٤) أو تفسيره أو أن تفاضل بينهما على أساس ما قد يشوب أحدهما من عيوب (٥) • على أن هذا لا يمنع المحكمة الدستورية

---

(١) ليبمان : جزء اول بند ٤٦ ص ١٠٤ • براتشى : المقالة السابقة بند ٢٩ ص ٢١١ •

(٢) اذا فرض وكان الحكمان المتناقضان صادرين من جهتين لكل جهة ولاية اصداره فما الحل ؟ فى تقديرنا انه عندئذ يجب تطبيق القاعدة الأساسية التى تقرر انه اذا رفعت الدعوى الى محكمة مختصة بها فان مجرد رفع الدعـوى يجعل اية محكمة اخرى — ولو كانت مختصة بها اصلا — غير مختصة ، ولهذا فانه يرجع الى تاريخ رفع الدعوى ، ويكون الحكم من الجهة التى رفعت اليهـا الدعـوى اولا هو الحكم الصحيح ، اعتبـارا بأن الحـكم الصادر من الجهة الاخرى يعتبر صادرا من جهة لا ولاية لها بالدعـوى بسبب سبق رفع الدعوى الى جهة اخرى ذات ولاية .

(٣) وذلك مهما بدا لها هذا الامر واضحا (ليبمان : مجلة قانون الخصومة ١٩٥٣ — ٢ ص ٣٥) .

(٤) محكمة تنازع الاختصاص ٩ ابريل ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٤٧٥ — ٤ .

(٥) محكمة تنازع الاختصاص ١٤ يونيو ١٩٥٨ — مجموعة النقض ٩ ص ٢٦٦ و ٩ يناير ١٩٥٩ — مجموعة النقض ١٠ ص ١ .

— فى سبيل تأدية مهمتها بتحديد الجهة ذات الولاية — من أن تتعرض للموضوع بالقدر اللازم لذلك • فاذا تعلق الأمر بنزاع حول تنفيذ عقد معين ، وقضت جهة القضاء الادارى بولايتها على أساس أنه عقد ادارى ، كما قضت جهة المحاكم بولايتها على أساس أنه عقد مدنى ، فان على المحكمة الدستورية لتحديد الجهة ذات الولاية أن تبحث فى وقائع العقد لتصل الى الحقيقة حول تكييفه ، وما اذا كان عقدا مدنيا أو اداريا • وتستطيع المحكمة الدستورية العليا أن تعتمد فى تكييفها ليس فقط على الوقائع المقدمة لجهتى القضاء ، بل أيضا على ما يقدمه الخصوم مباشرة اليها • وهو ما يعنى أن المحكمة العليا — فى هذا النطاق — لا تكون فقط محكمة قانون بل أيضا محكمة وقائع (١) ، (٢) • على أن سلطة المحكمة تقف عند هذا الحد فليس لها أن تبحث فى العناصر المتعلقة بالدعوى القائم بشأنها النزاع •

وحكم المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة ذات الولاية لا يقيد الجهة التى حددت الا بالنسبة لمسألة الولاية • ولهذا من المقرر أن للخصم التمسك أمام الجهة التى تقررت ولايتها ، بجميع الدفوع التى له أن يتمسك بها أمامها • وبصفة خاصة له أن يتمسك بالدفع بعدم الاختصاص المتعلق بنوع الدعوى أو قيمتها أو بعدم الاختصاص المحلى (٣) •

ولا يقبل حكم المحكمة الدستورية العليا فى طلب تعيين الجهة ذات الولاية — أيا كان مضمونه — الطعن بأى طريق (مادة ٤٨) (٤) •

المبحث الخامس

خصومة التحكيم

٤٣٩ — الاتفاق على التحكيم : لا يعرض النزاع على محكمين الا باتفاق ذوى الشأن (٥) • وهذا الاتفاق يتخذ احدى صورتين (مادة ٥٠١ مرافعات) : فهو قد يرد فى نفس العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ،

---

(١) براتشى : المقالة السابقة : بند ٢٥ ص ٢٠٧ وما بعدهما .

(٢) قارن حكم المحكمة العليا فى ٥ يونيو ١٩٧١ — قضية رقم ١١ لسنة قضائية •

(٣) رمزى سيف : بند ١٦٦ ص ٢٠٩ .

(٤) ليبمان : جزء أول بند ٤٦ ص ١٠٥ .

(٥) باستثناء حالات التحكيم الاجبارى .

سواء كان عقدا مدنيا أو عقدا تجاريا . فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه يحل بواسطة محكمين . وعندئذ يرد التحكيم على أى نزاع يحدث فى المستقبل ، فلا ينصب على نزاع معين . ويسمى هذا الاتفاق فى القانون المصرى بشرط التحكيم . وقد لا يتفق الطرفان على التحكيم فى العقد الأصلى . ولكن ، بعد قيام النزاع بينهم ، يبرمون اتفاقا خاصا لعرض هذا النزاع المعين على محكمين . ويسمى هذا الاتفاق فى القانون المصرى مشارطة التحكيم أو وثيقة التحكيم الخاصة .

ويرد شرط التحكيم (١) عادة فى العقد الأصلى بين الطرفين . على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود هذا الشرط فى عقد لاحق قبل نشوء أى نزاع . فيكون المميز لشرط التحكيم ليس هو وروده فى العقد الأصلى ، ولكن كون المنازعات التى ينصب عليها التحكيم هى منازعات محتملة وغير محددة . فهى لم تنشأ بعد (٢) . أما وثيقة التحكيم الخاصة (٣) ، فبها يتفق الطرفان على عرض نزاع معين نشأ بينهما على محكم أو محكمين .

ورغم ورود شرط التحكيم فى العقد الأصلى ، فانه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد . فهو تصرف قانونى مستقل وان تضمنه هذا العقد (٤) . ويترتب على هذا أنه قد يتصور صحة شرط التحكيم وبطلان العقد الأصلى الذى تضمن هذا الشرط ، وذلك الا اذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم ، كما لو كان العقد قد أبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية . وهذه النتيجة الهامة تؤدى إلى امكان عرض صحة أو بطلان العقد الأصلى على المحكمين وفقا للشرط الذى يتضمنه هذا العقد (٥) .

---

(١) La clause compromissoire.

Beauregard (Jaquer) : De la clause compromissoire, thèse Paris 1911.

(٢) ساتا : بند ٥٢١ ص ٦٢٥ .

(٣) Le compromis.

(٤) ريبيلين — ديفيشى : بند ١٤٧ ص ١٠٩ وما بعدهما .

(٥) كوستا : بند ٦٣ ص ٣ . نقض مدنى ايطالى ٧١ اغسطس ١٩٤٦ — المجلة الفصلية للقانون المدنى وقانون المرافعات ١٩٤٨ ص ٤٢٣ .

وسواء اتفق على التحكيم فى شرط تحكيم أو فى وثيقة تحكيم خاصة ، فانه يجب — فى القانون المصرى — توافر شروط معينة فى هذا الاتفاق ، وهذه هى :

١ — توافر الأهلية : والأهلية اللازمة هى — وفقا للمادة ٤/٥٠١ — أهلية « التصرف فى حقوقه » . والمقصود أهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه . ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعنى التنازل عن رفع النزاع الى قضاء الدولة ، وهو ما قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر . وتطبيقا لهذا الشرط لايجوز للمحجور عليه ابرام عقد تحكيم ، كما لا يجوز للوكيل بغير اذن خاص ابرام هذا العقد .

٢ — أن يصلح الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم : ووفقا لنص المادة ٣/٥٠١ مرافعات لايكون الحق محلا للتحكيم اذا كان مما لاتجوز المصالحة عليه . وتتولى المادة ٥٥١ من المجموعة المدنية بيان الأموال التى لا يجوز الصلح فيها وهى تلك المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام . وتطبيقا لهذا الشرط لايجوز التحكيم على حق الزوج فى الطلاق أو على حق الزوجة فى النفقة أو على حق المواطن فى الانتخاب . وعلة اخراج المنازعات التى لا يجوز الصلح فيها ، هو رغبة المشرع — بمنع الصلح — فى بسط ولاية القضاء العام على هذه المنازعات . وهو ما يقتضى أيضا منع التحكيم بشأنها .

ومن ناحية أخرى ، لايصلح الحق محلا للتحكيم اذا كان النزاع بشأنه مما يجب تدخل النيابة فيه اذا عرض على قضاء الدولة . وعلة اخراج المنازعات التى يجب على النيابة العامة التدخل فيها ، هى أن اجازة التحكيم فيها يؤدي الى عدم تحقيق رغبة المشرع فى وجوب حدوث هذا التدخل (١) ، اذ أن النيابة لا تعمل أمام المحكمين .

٣ — تحديد المسألة أو المسائل محل النزاع (٢) (مادة ٥٠١) . وعلة هذا الشرط هو الرغبة فى ألا ينزل الاطراف عن ولاية قضاء الدوله

---

(١) موريل : بند ٧١٢ ص ٥٤٥ .

(٢) ولا يشترط أن يرد التحديد فى ذات العقد ، فيمكن ان يشير هذا العقد الى عقد أو عمل قانونى آخر . كما يمكن التحديد بأية عبارة تنفى الجهالة . وتطبيقا لهذا حكم بأن عقد التحكيم الذى يكلف المحكم بالبت فى النزاع القائم بين الطرفين بموجب الدعاوى العالقة بينهما أمام المحاكم يعتبر

=

الا فى مسألة محددة . على أن هذا الشرط لايجب توافره ابتداء الا بالنسبة لوثيقة التحكيم وهى التى بطبيعتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين . أما فى شرط التحكيم فلا يتصور توافره ، ولهذا فانه يكفى بالنسبة له تحديد محل النزاع بعد ذلك أثناء المرافعة أمام المحكمة (١) . ويؤدى تحديد المسألة محل النزاع الى امكان تحديد ولاية المحكمين . فتكون لهم ولاية التحكيم فى هذه المسألة المحددة دون غيرها . فان خرجوا عليها كان قرارهم باطلا .

٤ — أن يتضمن العقد تعيين المحكم أو المحكمين . ووفقا للمادة ٣/٥٠٢ مرافعات « ومع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة ، يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الاتفــاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل » . وهذا النص يقابل المادة ١٠٠٦ مرافعات فرنسى (قبل تعديلها بالقانون رقم ٥٠٠/٨١ فى ١٢ مايو ١٩٨١) والتى كانت تقضى بأن مشارطة التحكيم Compromis يجب أن تتضمن « أسماء Les noms المحكمين » والا كان التحكيم باطلا.

وقد ذهب الفقه الفرنسى (٢) فى تفسيره لهذا النص الى أنه لا يشترط أن يعين شخص المحكم بالاسم ، بل يكفى تحديده بما يميزه كأن يقال « عمدة قرية كذا » أو « نقيب المحامين » أو « الشقيق الأكبر للطرفين » . واذا كان التعيين مشيرا الى صفة قابلة للتغيير مثل « عميد الحقــوق بجامعة القاهرة » ، واتضح أن نية الطرفين تتجه الى الوظيفة وليس الى الشخص ، فان التحكيم يتولاه من يشغل الوظيفة عند طلب التحكيم .

=

صحيحا ان الاشارة الى تلك الدعاوى يعتبر تحديدا للنزاع . (محكمة التميز المدنية اللبنانية — غرفة أولى — قرار رقم ٣١ فى ٢٦ آذار ١٩٦٣ — النشرة القضائية ١٩ ص ١١٤١) . وقارن : المنيا الابتدائية ١٠ فبراير ١٩٤٩ — المحاماة ٣٠ — ٧٨١ — ٣٨١ وقد قضت بأن النص فى مشارطة التحكيم (أى وثيقة التحكيم الخاصة) على تحكيم المحكمين فى حل المنازعات التى بين الاطراف والمرفوعة بشأنها قضايا أمام النيابة هو نص تعميمى لا تحديد فيه وغير موضح فيه موضوع المنازعة بالتصريح مما يجعل عملية التحكيم باطلة) .

(١) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ١٧٩ — ٣١ . على أنه حتى بالنسبة لشرط التحكيم ، يمكن القول بأن المســائل تحدد ابتداء بأنها الناشئة عن تفسير أو تنفيذ عقد معين . ولهذا فانه يعتبر باطلا العقد المبرم بين شخصين والذى يتفقان فيه على عرض اى نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على محكمين . (كيوفندا : نظم جزء أول ص ٧١) .

(٢) جارسونيه وسيزار برى — المجلد الثامن بند ٢٤٢ ص ٤٨٩ والمراجع المشار اليها فى هامش ٦ .

فإن لم تكن الوظيفة مشغولة ، تولى التحكيم من يليه فى السلطة مثل وكيل الكلية ان كان منصب العميد شاغرا .

وفضلا عما تقدم ، فانه يجوز — فى الاتفاق على التحكيم — أن يختار كل طرف محكمه ، ويتركان للمحكمين الاتفاق على المحكم المرجح . ويعتبر هذا توكيلا من كل طرف لمحكمه فى أن يبرم اتفاقا لاحقا مع محكم الطرف الآخر على اختيار المحكم الثالث (١) . على أنه اذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث ، أو يتفق الطرفان على هذا المحكم فى اتفاق لاحق ، فلن يكون هناك تحكيم . فليس لأى الطرفين أن يلجأ الى المحكمة لكى يطلب منها تكملة اتفاقهما على التحكيم باختيار المحكمين أو اختيار المحكم المرجح (٢) .

ونص المادة ٣/٥٠٢ ينطبق على التحكيم سواء كان تحكيما عاديا أو تحكيما مع التفويض بالصلح (٣) .

فاذا لم يتضمن الاتفاق على التحكيم (شرطا أو مشارطة) تعيين أشخاص المحكمين ، كان الاتفاق باطلا ، على أن هذا البطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة (٤) ، فيمكن التنازل عنه باتفاق لاحق يبرمه الطرفان ويتفقان فيه على شخص المحكم أو المحكمين (٥) . وهو ما يشير اليه صراحة

---

(١) قارن نقض ١٩٣٤/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ٨٨ لسنة ٣ق . وهو حكم صحيح اذ كان يفسر نص المادة ٧٠٥ مرافعات الذى كان يتطلب فى التحكيم مع التفويض بالصلح — الاتفاق على أسماء المحكمين فى مشارطة التحكيم أوفى اتفاق سابق ، وهو نص يختلف عن نص المادة ٣/٥٠٢ من القانون الحالى الذى يجيز تعيين المحكم فى اتفاق لاحق .

(٢) وفى هذا تقول محكمة النقض « وما دام القانون لا يجيز تعيين المحكم ... بغير اتفاق الخصوم ، فانه يمتنع على المحكمة فى جميع الاحوال أن تعين محكما لم يتفق عليه الطرفان المتنازعان » (نقض ١٩٦٧/٥/١٨ — مجموعة النقض ١٨ ص ١٠٢١) .

(٣) كانت المادة ٧٠٥ من مجموعة ١٩٤٩ تقصر هذا الشرط على التحكيم مع التفويض بالصلح ، وقد ذهبت محكمة النقض الى أن جزاءه هو بطلان يتعلق بالنظام العام (نقض ١٩٦٧/٥/١٨ — مجموعة النقض ١٨ ص ١٠٢١ و ١٩٣٤/١٢/٢٠ — فى الطعن رقم ٨٨ لسنة ٣ ق .) . وهو اتجاه خالفه صراحة نص المادة ٣/٥٠٢ مرافعات مجموعة ١٩٦٨ التى تجيز الاتفاق اللاحق على تعيين المحكمين .

(٤) جارسونية وسيزار — برى — المجلد الثامن — بند ٢٤٢ ص ٤٨٨ هامش ٢ . نقض مدنى ١٩٨٣/٦/١٣ فى الطعن ١٢٥٩ لسنة ٤٩ ق .

(٥) ساتا : بند ٥٢٢ ص ٦٢٦ .

نص المادة ٥٠٢/٣ • كما يزول هذا البطلان بحضور الخصوم أمام محكمين لم يختاروهم ، اذ يعتبر هذا رضاء بهم •

ولأن شرط تعيين أشخاص المحكمين فى الاتفاق على التحكيم أو فى اتفاق لاحق لا يتعلق بالنظام العام ، فانه لاينطبق على التحكيم الذى يتفق على أن يتم فى الخارج ، بل يخضع هذا التحكيم من حيث صحته أو بطلانه لقانون البلد الذى يتم فيه (١) •

ومن ناحية أخرى ، فان نص المادة ٥٠٢/٣ لا ينطبق على التحكيم الذى تنظمه نصوص خاصة ، ولهذا فهو لاينطبق على التحكيم الذى تنص عليه المادة ٨ من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الخاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة باستثمار رأس المال العربى والأجنبى •

ولم يبين نص المادة ٥٠٢/٣ ما اذا كان ينطبق على التحكيم الذى اتفق عليه قبل نفاذ المجموعة الجديدة لسنة ١٩٦٨ • ولانه يتعلق بنص اجرائى فيجب القول بانطباقه على هذه الشروط • فأى تحكيم تبدأ اجراءاته بعد نفاذ مجموعة ١٩٦٨ يجب أن يكون أمام محكمين قد أختيروا من قبل الخصوم • وهو حل لا يتفق مع العدالة ، وكان يجدر بالمشرع سنة ١٩٦٨ أن يتفاده بالنص صراحة على عدم تطبيق نص المادة ٥٠٢/٣ على اتفاقيات التحكيم التى عقدت قبل نفاذه (٢) •

---

(١) نقض ١٣ يونيو ١٩٨٣ فى الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٩ ق . « لما كان الثابت ان شرط التحكيم فى سند الشحن قد نص على أن يحال أى نزاع ينشأ عن هذا السند الى ثلاثة محكمين فى مرسيليا ، وكان المشرع قد اقر الاتفاق على اجراء التحكيم فى الخارج ولم ير فى ذلك ما يمس النظام العام، فانه يرجع فى شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لاثاره الى قواعد القانون الفرنسى باعتباره قانون البلد الذى أتفق على اجراء التحكيم فيه طبقا لما تقضى به المادة ٢٢ من القانون المدنى بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام فى مصر ... ولما كانت المادة ٥٠٢/٣ من قانون المرافعات بما اشترطته من وجوب بيان أسماء المحكمين فى مشارطة التحكيم أو فى اتفاق مستقل لا تتعلق بالنظام العام ، فان مخالفتها لا تنهض مبررا لاستبعاد القانون الاجنبى الواجب التطبيق » .

(٢) وهو ما تنبه اليه المشرع الفرنسي فى المادة ٢/١٤٤٣ من مجموعة المرافعات مضافة بالقانون رقم ٨١/٥٠٠ فى ١٢ مايو ١٩٨١ اذ تنص هذه المادة على عدم سريان هذا النص الا على اتفاقات التحكيم التى تعقد ابتداء من اول أكتوبر سنة ١٩٨٠ .

ومن المقرر ، بسبب الأهمية الخاصة للاتفاق على التحكيم ، عدم جواز اثباته بشهادة الشهود أو بالقرائن . ويعبر القانون المصرى عن هذه القاعدة بنصه على أن « لا يثبت التحكيم الا بالكتابة » (٥٠١) . على أنه يجب تفسير هذا النص على أساس رفض الاثبات بالشهادة أو بالقرائن ، دون تطلب الكتابة حتما للاثبات . فلا يوجد ما يمنع — فى القانون المصرى — من اثبات عقد التحكيم بالاقرار أو بحلف اليمين (١) .

٤٤٠ — طبيعة الاتفاق على التحكيم : من المتفق عليه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم باتفاق الطرفين ، ويعتبر مظهرا لسلطان ارادتهم . على أن بعض الفقهاء فى ايطاليا ، مع تسليمهم باعتباره عقدا ، يرون أنه عقد ليس له الطبيعة الخاصة وانما له طبيعة اجرائية عامة . ويستند هذا الرأى الى أن عقد التحكيم يؤثر فى الخصومة اذ هو يمنع من عرض النزاع على القاضى ، ويخول المدعى عليه دفعا هو الدفع بوجود اتفاق على التحكيم . هذا فضلا عن أن هذا الاتفاق ينظم خصومة التحكيم فى كثير من النواحى التى ترك القانون للأفراد حرية تنظيمها(٢) .

ولكننا نرى ، على العكس ، أن الاتفاق على التحكيم هو عقد خاص لا يدخل فى عداد الأعمال الاجرائية . ذلك أن هذا الاتفاق يبرم قبل بدء الخصومة ، فلا يمكن اعتباره عنصرا من عناصرها . وما دام ليس عنصرا فى خصومة ، فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة ، ولا يعد بالتالى عملا اجرائيا . ويترتب على وجهة نظرنا هذه أن اتفاق التحكيم يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص . فلا يخضع للشروط التى ينظمها القانون للأعمال الاجرائية . وبصفة خاصة لا يخضع لنظرية بطلان الأعمال الاجرائية ، وانما للبطلان الذى ينظمه القانون المدنى (٣) .

---

(١) وهذا هو التفسير الذى استقر عليه الفقه الفرنسى للمادة ١٠٠٥ مرافعات فرنسى المقابلة للمادة ٥٠١ مرافعات مصرى . أنظر : فنسان : بند ٦٠٩ . وفى القانون الايطالى ، الكتابة شرط شكلى لصحة العقد ، ولهذا فانه اذا لم يكن الاتفاق على التحكيم مكتوبا ، كان الاتفاق باطلا (ساتا : ٥٢١ ص ٦٢٦ . كيوفندا : نظم جزء أول ص ٧٢) .

(٢) هذا هو رأى الاستاذ كارنيلوتى .
(Carnelutti : Sistema del diritto processuale civle - t. 2 - No. 416 p. 70).
وايضا الاستاذ « بتى » — (Betti. Per una classificazione degli atti processuali di parte, riv. dir. proc. civ. 1928-1 p.p. 110-112).

(٣) أنظر هذا الراى بالتفصيل فى : نظرية البطلان فى قانون المرافعات — للمؤلف — بند ٦٣ ص ١٣٠ — ١٣١ .

٤٤١ — أثر الاتفاق على التحكيم : يترتب على الاتفاق على التحكيم — أيا كانت صورته — أثران هامان : أثر ايجابى هو الحق فى الالتجاء الى التحكيم وأثر سلبى هو منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم (١) • فاذا رفعت الدعوى أمام هذا القضاء بخصوص هذه المنازعة ، كان للمدعى عليه أن يدفعها بوجود اتفاق على التحكيم • ولكن ما طبيعة هذا الدفع ؟ ذهب البعض الى أن هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص ، وهذا الرأى هو الذى أخذت به محكمة النقض الايطالية فى بعض أحكامها (٢) • واعتبرته لا يتعلق بالنظام العام شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلى مما يوجب التمسك به قبل الكلام فى الموضوع، والا سقط الحق فيه (٣) • كما يأخذ بهذا الرأى بصفة عامة كل من القضاء والفقه فى فرنسا (٤) •

والواقع أن هذا التكييف معيب ، ذلك أن الكلام عن عدم اختصاص بالنزاع يعنى أن المحكم هو المختص • والكلام عن الاختصاص انما يكون بصدد توزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحدة • والمحكم ليس قضاء عاما حتى يمكن الكلام عن « اختصاصه » بالدعوى ، فتكون المحكمة المرفوعة اليها الدعوى غير مختصة (٥) •

وقد ذهب كيوفندا الى القول بأن الدفع بالتحكيم eccezione di compromesso هو دفع بالتنازل عن الخصومة القضائية (٦) • ونعتقد

---

(١) انظر بالتفصيل : ريبلين — ديفيتشى : بند ٢٤٥ ص ٧١٥ ومابعدهما على انه يلاحظ أن الاتفاق على التحكيم لا يرتب آثاره الا بين طرفيه ، فهو لا يسرى فى مواجهة الغير شأنه شأن اى اتفاق . (نقض مدنى ١١ يناير ١٩٦٦ — مجموعة النقض ١٧ — ٦٥ — ٨) .

(٢) نقض ايطالى مدنى ٣ اغسطس ١٩٤٦ — المجلة الفصلية الايطالية للقانون المدنى وقانون المرافعات ١٩٤٨ ص ٤٢١ . كوستا : بند ٦٣ ص ٨٣ .

(٣) نقض مدنى ايطالى ١٨ يناير ١٩٤٨ — المجلة الفصلية الايطالية ١٩٤٨ ص ٤٢٢ .

(٤) انظر ريبلين — ديفيتشى : بند ٢٥٠ ص ١٨ . وبند ٢٧١ ص ١٩٣ .

(٥) انظر هذا النقد فى كوستا : المرجع والاشارة السابقة . وهو ينسبه للاستاذ Alessi

(٦) كيوفندا : نظم جزء اول ص ٦٨ و ص ٧٢ . وهو تكييف أخذت به محكمة النقض الايطالية فى بعض احكامها . (انظر نقض ايطالى ٢١ ديسمبر ١٩٤٥ — المجلة الفصلية الايطالية ١٩٤٨ ص ٤٢١) .

ـ تكملة لهذا الرأى ـ أن الدفع بالتحكيم يمكن ادخاله فى عداد الدفوع بعدم القبول (١) • فالخصم ، وقد ارتضى عرض النزاع على محكم ، يكون قد نزل عن حقه فى الفصل فى الدعوى عن طريق الخصومة العادية• والتمسك بهذا النزول يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى من الناحية الاجرائية أمام هذا القضاء •

ولأن أساس هذا الدفع هو اتفاق الطرفين على التحكيم ، فانه لايتعلق بالنظام العام • فليس للمحكمة أن تقضى باعماله من تلقاء نفسها ، بل يجب التمسك به أمامها • ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا • ويسقط الحق فيه بالكلام فى الموضوع (٢) •

ويبقى للاتفاق على التحكيم أثره ، ولو حدثت قوة قاهرة • فهذه القوة لا يترتب عليها سوى وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم ان كان له ميعاد (٣) • على أنه اذا حكم ببطلان الاتفاق على التحكيم ، عاد لطرفيه الحق فى الالتجاء الى قضاء الدولة (٤) •

٤٤٢ ـ المحكمون : من يتولى مهمة التحكيم يمكن أن يكون واحدا، ويمكن أن يكونوا متعددين • على أنه يشترط عندئذ أن يكون عددهم وترا أى ثلاثة أو خمسة •• الخ • فاذا اتفق على عدد زوجى كاثنين أو أربعة ، كان التحكيم ـ وفقا لنص المادة ٢/٥٠٢ ـ باطلا (٥) • ووفقا للمادة ٣/٥٠٢ ، يجب أن يتضمن الاتفاق على التحكيم تعيين أشخاص المحكمين • فان لم يتضمن هذا فانه يمكن حدوث مثل هذا التعيين فى

---

(١) كوستا : بند ٦٣ ص ٨٣ . وانظر من هذا الرأى ايضا : احمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والاجبارى ـ ١٩٧٨ ـ بند ٤٥ ص ١١٩ .

(٢) ولهذا فانه اذا طلب الخصم الحكم فى الدعوى ، وطلب التأجيل للصلح ، واتفق مع خصمه على وقف الخصومة امام المحكمة لاتمام هذا الصلح ، فليس له بعد هذا التمسك بالتحكيم . (نقض مدنى ١٥ مارس ١٩٧٢ ـ مجموعة النقض ٢٣ ـ ١٦٨ ـ ٢٦ . وايضا ٢٤ مايو ١٩٦٦ ـ مجموعة النقض ١٧ ـ ١٢٢٣ ـ ١٦٨) .

(٣) نقض مدنى ١٧ ابريل ١٩٦٥ ـ مجموعة النقض ١٦ ـ ٧٧٨ ـ ١٢٣ .

(٤) قرب : سانتا ماريا : القضاء الخاص ـ مشار اليه ـ ص ١٥٤ .

(٥) وذلك على خلاف الحال فى القانون الفرنسى ، حيث لا يجب ان يكون العدد وترا . موريل : بند ٧٢٣ ص ٥٥٠ . وحسنا فعل المشرع المصرى ، لما يثيره الاتفاق على عدد زوجى من مشاكل فى حالة انقسام راى المحكمين الى فريقين متساويين . (انظر : موريل : بند ٧٣٥ ص ٥٥٣) .

اتفاق مستقل وفقا لما سبق بيانه [١] .

ويترتب على الاتفاق على شخص المحكم [٢] ، التزام أطراف الاتفاق به . فلا يجوز عزله الا بتراضيهم جميعا (٥٠٣/٢) .

واذا اختير شخص محكما ، فيجب لكى يلتزم بالقيام بالتحكيم قبوله مهمة التحكيم [٣] . ويمكن أن يرد هذا القبول فى نفس عقد التحكيم [٤] ، كما يمكن أن يرد بعد ذلك فى كتابة مستقلة . ووفقا للمادة ٥٠٣ يجب أن يكون قبول المحكم بالكتابة . على أن الكتابة هنا — كما هى الحال بالنسبة للاتفاق على التحكيم — ليست ركنا من أركانه . بل هى لازمة فقط لاثباته . ولهذا فان قبول المحكم يمكن أن يثبت بالكتابة ، أو بما يقوم مقام الكتابة فى الاثبات كالاقرار [٥] أو اليمين الحاسمة . واذا قبل المحكم القيام بالتحكيم ، فانه يلتزم بقبوله . فليس له أن يعدل عن هذا القبول ، الا اذا كان هناك سبب جدى يبرر عدوله . فان لم يوجد مثل هذا السبب ، التزم بالتعويض (مادة ٥٠٣/١)[٦] .

ولكن ما هى طبيعة العلاقة التى تربط الاطراف بالمحكمين ؟ اتجه رأى فى القضاء الفرنسى الى اعتبارها وكالة . فالمحكم يعتبر وكيلا عن

---

(١) بند ٤٣٩ .

(٢) ويلاحظ أن قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٦٨ لم يعد يعرف تعيين المحكمين من قبل المحكمة ، ذلك حتى لو انسحب احد المحكمين المتفق عليهم من العمل ، أو كان المحكم غير مفوض بالصلح (قارن المادة ٨٢٥ من مجموعة ١٩٤٩) .

(٣) موريل : بند ٧٢٣ ص ٥٥٠ . فنسان : بند ٨١٤ ص ١٠٤٣ .

(٤) كوستا : بند ٦٥ ص ٨٥ .

(٥) نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٢١ — ٥٦ .

(٦) وعلى هذا أيضا الفقه والقضاء الفرنسيان ، خاصة اذا تنحى المحكم بعد بدء خصومة التحكيم . انظر المادة ١٠١٤ مرافعات فرنسى . وايضا : موريل : بند ٧٢٣ ص ٥٥٠ .

الطرفين (١) . ويستند هذا الرأى الى أن المحكم يستمد سلطته فى التحكيم من اتفاق الطرفين ، وأن لهؤلاء الحق فى الاتفاق على العدول عن التحكيم ، وبهذا تنتهى مهمته . ولكن هذا الرأى محل نظر ، ذلك أن الوكيل يجب عليه أن يتبع التعليمات التى يصدرها اليه موكله . وليس الحال كذلك بالنسبة للمحكم الذى يباشر سلطة فوق سلطة من اختاروه. وذهب رأى آخر الى القول بأن العلاقة بين المحكم والطرفين هى اجارة عمل . فالطرفان يتفقان مع المحكم على اجارة عمله . وتنشأ عن هذا الاتفاق التزامات وحقوق متبادلة . وهذا الرأى يمكن الأخذ به مع ملاحظة أن المحكم يخول بعض سلطات قانونية غير مستمدة من العقد الذى يربطه بالأطراف ، وانما من القانون مباشرة (٢) . ويترتب على هذا التكييف أنه اذا كانت القاعدة أن الوكالة بغير أجر ، فان الأصل فى التحكيم أنه بأجر (٣) .

٤٤٣ ــ ما يشترط فى المحكم : ينص القانون المصرى على بعض الشروط التى يلزم توافرها فى المحكم . وأساس هذه الشروط أن المحكم يقوم بالقضاء . حقيقة أنه قضاء خاص ، ولكن لقرار المحكم حجية الأمر المقضى ، فيجب ألا تعطى هذه المهمة لأى شخص . وهذه الشروط هى :

(أ) الأهلية المدنية الكاملة : يجب أن تتوافر الأهلية المدنية الكاملة فى المحكم . فلا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر أو محجور عليه أو محروم من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد له اعتباره (١/٥٠٢) . وتكفى الأهلية المدنية ، دون اشتراط التمتع بالحقوق السياسية . وقد ذهب رأى ــ قننه المشرع الايطالى (١٨٢ مرافعات ايطالى) ــ الى وجوب أن يكون المحكم متمتعا بحقوقه السياسية ، ولهذا فانه لا يجوز أن يكون المحكم أجنبيا (٤) . وأساس هذا الرأى هو اعتبار المحكم قائما بالقضاء ، والقضاء لا يجوز أن يتولاه أجانب . ولكن

---

(١) انظر : موريل بند ٧٢٢ ص ٥٤٩ .

(٢) انظر : ساتا : بند ٥٢٩ ص ٦٢٤ .

(٣) كوستا : بند ٦٥ ص ٨٥ ــ ٨٦ .

(٤) ساتا : بند ٥٣٥ ٦٢٧ . كوستا : بند ٦٥ ص ٨٥ .

الرأى الراجح فى فرنسا (١) والذى يجب الأخذ به ، هو جواز تولى الأجنبى مهمة التحكيم . والواقع أن التحكيم ان كان قضاء فهو قضاء خاص وليس قضاء عاما مما تولاه الدولة . ويترتب على عدم ربط التحكيم بالحقوق السياسية ، جواز أن تتولاه هيئة باعتبارها كذلك رغم أن الشخص المعنوى لا يتمتع بحقوق سياسية . كما أنه يجوز أن تتولاه المرأة ، ولو كانت محرومة من حقوقها السياسية .

(ب) ألا يكون ممنوعا من التحكيم : يمنع القانون أحيانا — بنص خاص — بعض الأشخاص ، رغم توافر الأهلية المدنية الكاملة لديهم ، من تولى مهمة التحكيم . من هذه أنه وفقا للمادة ٦٣/٢ من قانون السلطة القضائية لا يجوز — بغير موافقة مجلس القضاء الاعلى — أن يقوم القاضى أيا كانت درجته بالتحكيم ولو بغير أجر الا اذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو اصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية ، أو كان أحد أطراف النزاع هى الدولة أو احدى الهيئات العامة (٢) .

(ج) ألا تكون له مصلحة فى النزاع : ذلك أن المحكم يعتبر قاضيا . ومن المقرر — دون حاجة الى نص — أنه ليس لشخص أن يكون قاضيا لنفسه (٣) . ولهذا فانه لا يجوز اختيار شخص محكما اذا كان طرفا فى النزاع ، أو له مصلحة فيه على أى وجه .

٤٤٤ — رد المحكم وتنحيه وعزله : لأن للمحكم سلطات مستمدة من القانون تخوله أن يكون قاضيا فى النزاع ، فانه يخضع لما يخضع له القضاة من حيث جواز ردهم عن الفصل فى النزاع . ويقبل طلب رد المحكم لنفس الأسباب التى يقبل من أجلها طلب رد القاضى أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم . كأن يكون بينه وبين أحد الأطراف عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو أن يكون قريبا أو صهرا لاحدهم الى الدرجة الرابعة أو كان قد سبق أن كان وكيلا لأحدهم فى أعماله

---

(١) فنسان : بند ٨١٤ ص ١٠٤٤ . موريل : بند ٧٢٢ ص ٥٤٩ .

(٢) وهو حكم يخالف الوضع فى فرنسا ، حيث يجوز اختيار القاضى محكما . أنظر : موريل : بند ٧٢٢٢ ص ٥٤٩ .

(٣) موريل : بند ٧٢٢ ص ٥٠٠ .

الخصوصية وغير هذه من الأسباب التى ينص عليها القانون (١) . على أنه يلاحظ فى هذا الصدد أنه لا يجوز طلب رد المحكم الا اذا كان سبب الرد قد قام بعد الاتفاق على اختياره أو كان الخصم طالب الرد لا يعلم بهذا السبب الا بعد هذا الاتفاق (٣/٥٠٣) . ذلك أنه اذا كان سبب الرد قائما قبل الاتفاق وكان الخصم يعلم به عند ذاك ، فانه باختياره هـذا الشخص محكما يكون قد نزل عن طلب رده (٢) ، (٣) .

ولا يقدم طلب الرد الى هيئة المحكمين ، وانما الى المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى . ويجب تقديم طلب الرد خلال خمسة أيام على الأكثر من قيام سبب الرد أو من علم الخصم طالب الرد بهذا السبب (٤) .

وسواء قدم طلب لرد المحكم أو لم يقدم ، فان للمحكم ــ شأنه شأن القاضى ــ أن يتنحى من تلقاء نفسه عن نظر القضية ، مع ملاحظة عدم جواز تنحيه الا لسبب معقول . ولاشك أن من هذه الأسباب تقديم طلب لرده الى المحكمة . وفضلا عن امكان رد المحكم ، أو تنحيه من تلقاء نفسه ، فانه يمكن للطرفين الاتفاق على انهاء عقد التحكيم ، وبهذا تزول مهمة المحكم ، كما يمكن للطرفين الاتفاق فقط على عزل المحكم وتعيين غيره .

---

(١) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧٦ ــ فى الطعن رقم ١٧٧ لسنة ٤٠ ق . وانظر أسباب عدم صلاحية القاضى وأسباب رده فى المادتين ١٤٦ ، ١٤٨ ، وفى شرح هذه الأسباب ما سبق بند ١٠٥ وما بعده .

(٢) موريل : بند ٧٢٤ ص ٥٥٠ . ساتا : بند ٥٢٤ ص ٦٢٧ . ويلاحظ ــ من ناحية أخرى ــ أنه حتى لو قام سبب الرد بعد الاتفاق ، فان للخصم التنازل عن طلب الرد اما صراحة واما ضمنا كما يسقط حقه بعدم تقديم طلب الرد فى الميعاد .

(٣) ويلاحظ ان المحكم لا يخضع لقواعد مخاصمة القضاة ، ولكن مسئوليته المدنية تتقرر وفقا للقواعد العامة (فنسان : بند ٨١٤ ص ١٠٤٤) .

(٤) وفقا للمادة ٣/٥٠٣ هذا الميعاد هو « خمسة ايام من يوم اخبار الخصم بتعيين المحكم » . وهو عبارة منقولة من المادة ٨٢٩ من مجموعة المرافعات لسنة ١٩٤٩ . وكان لها معنى عندئذ اذ كانت تقصد من يوم اخبار الخصم بتعيين المحكم من قبل المحكمة او من قبل الخصم الآخر عندما يكون له حق تعيين المحكم بارادته . اما فى المجموعة الجديدة ، حيث ليس للمحكمة أو لطرف واحد حق تعيين المحكم ، فالعبارة لا معنى لها . ولهذا نرى تفسيرها على النحو الوارد فى المتن .

وفى الأحوال التى يتوفى فيها المحكم أو لايقوم فيها بأداء وظيفته سواء بسبب الحكم برده أو بسبب تنحيه أو بسبب عزله أو بسبب رفضه القيام بمهمته ، ولو كان الرفض بغير عذر ، لم تحدد المجموعة المصرية أثر هذا على التحكيم . وهو قصور فى التشريع . ونعتقد أنه فى ضوء نصوص المجموعة الجديدة واتجاهها بشأن التحكيم ، وبصفة خاصة حرصها على أن يتم الاتفاق على تعيين شخص المحكم من قبل الأطراف على أساس « أن الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى فى الأصل مبعث الاتفاق على التحكيم » (١) ، واجازتها أن يتم هذا التعين فى اتفاق مستقل عن الاتفاق على التحكيم ولو كان اتفاقا لاحقا ، فانه يترتب على عدم قيام المحكم بوظيفته أو عدم امكانه القيام به عدم تنفيذ عقد التحكيم ، الا باتفاق جديد بين الخصوم على شخص محكم جديد (٢) . فان اتفقا أثناء الخصومة فانه يجب اعادة المرافعة من جديد أمام المحكمين بحضور المحكم الجديد .

٤٤٥ ـ اجراءات الخصومة امام المحكمين : لم يحدد القانون كيفية بدء الخصومة أمام المحكمين . ولهذا فانها يمكن أن تبدأ بأية طريقة . فلا يوجد شكل خاص لبدئها . وعادة تبدأ الخصومة فى العمل بحضور الطرفين معا أمام المحكمين فى الميعاد الذى اتفقوا عليه . على أنها يمكن أن تبدأ باعلان ـ أيا كان شكله ـ من جانب المحكمين الى الخصوم ، أو من جانب أحد الخصوم الى الخصوم الآخرين والمحكمين (٣) . ومن ناحية أخرى ، لا يلزم انعقاد الخصومة فى مكان معين لعقد الجلسة ، فيمكن أن تنعقد الجلسة ولو ليلا أو فى عطلة رسمية (٤) . ولا يلزم حضور كاتب فى الجلسة ، كما لا يلزم حضور الخصوم جميع الجلسات . ويمكن انعقاد الجلسة سرية ، بل هذا هو الغالب عملا . وبعبارة عامة ، تتم الاجراءات محررة من الشكليات التى ينص عليها قانون المرافعات

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع مجموعة ١٩٦٨ .

(٢) انظر : نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٣ ـ مجموعة النقض ٢٤ ـ ٣٢١ ـ ٥٦ . (لا يترتب على وفاة المحكم بطلان المشارطة لان الوفاة حدثت بعد نشأة المشارطة صحيحة) .

(٣) أبو الوفا: التحكيم : بند ٩٢ ص ٢١٠ .

(٤) أبو الوفا : المرجع السابق بند ٩٥ ص ٢١٤ .

(١/٥٠٦) ، وذلك سواء كان التحكيم عاديا أو مع التفويض بالصلح، على أنه يلاحظ ما يلى :

أولا : للأطراف الاتفاق ــ سواء فى عقد التحكيم أو فى اتفاق لاحق قبل بدء الخصومة أمام المحكمين ــ على الاجراءات التى يجب اتباعها أمام المحكمين . وعندئذ يجب اتباع هذه الاجراءات (١) ، بشرط ألا تتضمن اخلالا بحق الدفاع ، أو مخالفة للقواعد التى نص عليها القانون فى باب التحكيم (٢) .

ثانيا : على المحكمين ــ رغم عدم النص فى القانون المصرى ــ احترام المبادىء الأساسية فى التقاضى ، مثل مبدأ المساواة بين الخصوم وما يقتضيه من احترام المواجهة بينهم فى الاجراءات . فلا يجوز نظر طلب من المحكم دون اطلاع الخصم الآخر عليه ، ويجب دعوة الخصوم لحضور اجراءات الاثبات . كذلك مبدأ احترام حقوق الدفاع ، ولهذا فانه يجب تخويل الخصوم المواعيد اللازمة لاعداد دفاعهم أو تقديم مستنداتهم (٣) . ومبدأ عدم قضاء القاضى بعلمه الخاص . ومبدأ وجوب نظر النزاع واتخاذ اجراءات الاثبات بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم (٤) . وذلك ــ كله ــ سواء كان التحكيم عاديا أو مع التفويض بالصلح (٥) .

ثالثا : على المحكمين ــ الى جانب المبادىء الأساسية فى التقاضى ــ اتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم والواردة فى الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات . فنص المادة ٥٠٦ اذا كان يعفى المحكمين

---

(١) ساتا : بند ٥٢٥ ص ٦٢٨ . كوستا : ص ٨٦ . وانظر نص المادة ١٠٠٩ مرافعات فرنسى .

(٢) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧١ ــ مجموعة النقض ٢٢ ــ ١٧٩ ــ ٣١ .

(٣) كوستا : بند ٦٦ ص ٨٦ .

(٤) موريل : بند ٧٢٧ ص ٥٥٢ .

(٥) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧٦ ــ فى الطعن رقم ١٧٧ لسنة ٤٠ ق . (وقد قضى بأن عدم تحديد جلسة للمرافعة بعد الفصل فى طلب رد أحد المحكمين قبل اصدار الحكم لا يعد اهدارا للمبادىء الاساسية للتقاضى) .

من التقيد باجراءات قانون المرافعات ، فانه يستثنى من هذا الاعفاء - صراحة - الأحكام الواردة فى باب التحكيم (١) .

رابعا : اذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة التى ينص عليها القانون بالنسبة للخصومة العادية ، انقطعت الخصومة أمام المحكم . وتنطبق قواعد الانقطاع العادية ، كما تترتب آثار الانقطاع المقررة فى القانون (مادة ٥٠٤) .

٤٤٦ - سلطة المحكمين فى الخصومة : لأن سلطة المحكم مستمدة من اتفاق الأفراد على تخويله التحكيم ، فانه يتقيد بالموضوعات المحددة فى عقد التحكيم . فاذا تعرض المحكمون لأمور تخرج عن هذه الموضوعات، كان قرارهم باطلا (٢) . ولهذا فانه اذا كان النزاع على دين معين ، فليس للمحكمين أن يقرروا الزام أحد الطرفين بفوائده (٣) . وللمحكمين - لتحديد نطاق سلطتهم - تفسير عقد التحكيم ، على أن يبقى تفسيرهم هذا خاضعا لرقابة القضاء .

وللمحكمين الأمر باجراءات الاثبات المختلفة . فيمكنهم سماع شهود أو معاينة الأماكن أو الاستعانة بخبراء . كما يمكنهم أيضا الأمر باحضار الخصوم واستجوابهم (٤) . ويمكن تفويض أحد المحكمين فى اتخاذ هذه الاجراءات (٥) . على أنه يلاحظ أنه ليس للمحكمين سلطة الجبر Imperium التى للقضاة ، ولهذا ليس لهم الزام شاهد بالحضور وتوقيع غرامة ان لم يحضر ، بل عليهم الرجوع فى هذا الى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (مادة ٥٠٦/٣) . وليس لهم الزام الغير أو الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات . كما أنه - اذا كانت الجلسة علنية - ليس لهم الأمر باخراج من فى الجلسة وحبس من لا يتمثل للأمر (٦) .

---

(١) انظر : نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧١ - مجموعة النقض ٢٢ - ١٧٩ - ٣١ .

(٢) موريل : بند ٧٢٥ ص ٥٥١ .

(٣) فنسان : بند ٨١٥ ص ١٠٤٤ .

(٤) موريل : ٧٢٧ ص ٥٥٢ .

(٥) كوستا بند ٦٦ ص ٨٨ .

(٦) كيوفندا : نظم - جزء اول بند ٢٦ ص ٧٣ .

واذا قدم الى المحكمين طلب عارض ، فلا ولاية لهم به مهما كان ارتباطه بالطلب الاصلى المحدد فى عقد التحكيم ، وذلك الا اذا كان لازما للدفاع فى الدعوى الأصلية (١) .

ومن ناحية أخرى ، ليس للمحكمين اذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولايتهم أو اذا أدعى أمامهم بتزوير سند ، الفصل فى هذه المسألة أو تقرير صحة السند أو تزويره ، وانما عليهم أن يوقفوا الاجراءات الى حين الفصل فى هذا النزاع من المحكمة المختصة (٢) . وعندئذ يقف الميعاد المحدد للحكم الى أن يصدر حكم انتهائى فى المسألة العارضة .

وليس للمحكمين أيضا الأمر بأى اجراء احتياطى ، كتعيين حارس على العقار محل النزاع . واذا كان هناك حارس معين من قبل القضاء على هذا العقار ، فليس للمحكمين الحكم باستبدال الحارس أو بانهاء الحراسة (٣) .

ويتحدد نطاق الخصومة أمام المحكمين أيضا من حيث أطرافها . فالنيابة العامة لا تمثل أبدا أمام هيئة التحكيم . ولا يجوز التدخل من قبل شخص ثالث وذلك الا اذا قبل أطراف عقد التحكيم تدخله . كما لايجوز ادخال شخص ثالث الا بناء على طلب من طرفى التحكيم وموافقة الشخص المطلوب ادخاله (٤) .

٤٤٧ ــ حكم المحكمين ــ اصداره : يصدر حكم المحكمين ــ عند تعددهم ــ بعد مداولتهم سرا . ويجب ألا يشترك فى هذه المداولة غير المحكمين الذين أنيط بهم التحكيم . ويصدر القرار بأغلبية الآراء (٥٠٧/١) ، فاذا لم تتكون الأغلبية بحيث كان لكل واحد رأيه المختلف ، فيجب تطبيق القاعدة التى تنص عليها المادة ١٦٩ بالنسبة للحكم فينضم

---

(١) موريل : بند ٧٢٨ ص ٥٥٣ .

(٢) ويرى البعض انه يجب الامر بهذا الوقف فى كل حالة يجد المحكمون ان المسألة المعروضة عليهم والتى تخرج عن ولايتهم مجدية للفصل فى النزاع . (انظر : كوستا بند ٦٦ ص ٨٧ ساتا : بند ٥٢٧ ص ٦٣٠) .

(٣) كوستا : بند ٦٦ ص ٨٦ ــ ٨٧ .

(٤) فنسان : بند ٨١٧ ص ٨١٧ .

الفريق الاقل عـددا الى أحد الفريقين (١) ، والا اعتبروا متخلفين عن الفصل فى الدعوى وجاز الحكم عليهم بالتعويض .

ويجب على المحكمين اصدار قرارهم خلال ميعاد معين (٢) . وهذا الميعاد يشترط عادة فى الاتفاق على التحكيم . فاذا لم يعين فى هـذا الاتفاق فانه يكون بحكم القانون شهرين من تاريخ قبـولهم القيـام بمهمتهم (٣) (٥٠٥/٢) . واذا كان قبولهم قد وقع فى تواريخ مختلفة ، فانه يجب النظر الى التاريخ الاخير ، اذ لايستطيعون القيام بوظيفتهم الا بعد قبولهم جميعا (٤) . وقد رتب القانون على عدم اصدار المحكمين لقرارهم الذى يفصل فى القضية خلال الميعاد ، أن يجوز لأى من الأطراف رفع الدعوى الى المحكمة (٥٠٥/٢) . فاذا أصدر المحكمون حكمهم بعد انقضاء الميعاد ، فان هذا الحكم يكون باطلا . على أنه يلاحظ أن للأطراف — ولو اتفقوا على ميعاد محدد فى الاتفاق على التحكيم — أن يتفقوا على مده . وليس هناك حد زمنى لامكانية هذا المد . ويمكن أن يكون هـذا الاتفاق صريحا ، كما يمكن أن يستفاد ضمنا من حضور الطـرفين أمام هيئة التحكيم والمناقشة فى القضية بعد الميعاد (٥) . على أن هذا الاتفاق — باعتباره مكملا للاتفاق على التحكيم — يخضع من حيث اثباته لما يخضع له هذا الاتفاق فلا يجوز اثباته بشهادة الشهود أو بالقرائن (٦) . وقد حكم فى فرنسا بأن قاعدة الاثبات هذه تسرى أيضا على الاتفاق الضمنى

---

(١) ابوالوفا : التحكيم بند ١١١ ص ٢٤٧ ، ولكن ما الحل اذا لم يوجد فريق أقل عددا ؟ لا يتصور تطبيق قاعدة انضمام احدث القضاة لاحد الفريقين التى تنص عليها المادة ١٦٩ . ونرى فى هذه الحالة أن يحاول المحكمون تكوين اغلبية ، فان لم تتكون اعتبروا متخلفين عن الفصل فى القضية .

(٢) ويكفى تعيين التاريخ فى حكم المحكمين للدلالة على انه قد صدر خلال الميعاد اذا وقع هذا التاريخ خلاله . فلا يلتزم من صدر القرار لمصلحته باثبات تاريخه . وعلى من يدعى العكس الادعاء بالتزوير . .

(٣) وهذه المهلة فى الواقع اقصر من ان تمكن المحكمين من الفصل فى النزاع . وهى فى كثير من التشريعات ثلاثة اشهر (قانون فرنسى مادة ١٠٠٧ — قانون ايطالى مادة ٨٢٠) .

(٤) كوستا : ٦٦ ص ٨٦ . واذا استبدل بالمحكم محكم جـديد ، بدأ ميعاد جديد من قبول هذا المحكم لمهمته .

(٥) موريل : بند ٧١٧ ص ٥٤٦ — ٥٤٧ .

(٦) كوستا : بند ٦٦ ص ٨٦ .

بالمد ، بمعنى أنه يجب أن تكون الوقائع التى يستفاد منها المد ثابتة بالكتابة (١) .

ومن ناحية أخرى ، فان هذا الميعاد سواء كان اتفاقيا أو قانونيا يمكن أن يرد عليه الوقف . ويقف الميعاد لاسباب مختلفة أهمها :

(أ) اذا أثيرت أمام هيئة التحكيم مسألة تخرج عن ولايتها يتوقف الفصل فى القضية على حلها . ومثال هذا أن يدعى بتزوير سند فى القضية . وعندئذ يستمر الوقف الى حين صدور حكم نهائى يفصل فى هذه المسألة (٢) .

(ب) قيام سبب من أسباب انقطاع الخصومة فى أحد الاطراف ، اذ يترتب على انقطاع الخصومة — وفقا للقواعد العامة — وقف المواعيد ، ومنها ميعاد اصدار الحكم .

(جـ) تقديم طلب برد أحد المحكمين أو جميعهم . فعندئذ تقف الخصومة وبالتالى يقف الميعاد الى حين الفصل فى الطلب . ويبدأ الميعاد فى السريان من جديد من صدور حكم نهائى فى دعوى الرد (١٦٢/٢) .

واذا وقف الميعاد ، أيا كان سبب وقفه ، فانه يستكمل المدة الباقية منه بعد زوال سبب الوقف (٣) .

ويطبق المحكمون القواعد القانونية الموضوعية التى تحكم النزاع . وذلك الا اذا كان التحكيم مع التفويض بالصلح ، فعندئذ يقررون ، ما يرونه مطابقا للعدالة equité ولو كان غير مطابق للقانون ، فيمكنهم مثلا القضاء بحق انقضى بالتقادم (٤) . على أنه يلاحظ أن مراعاة العدالة قد تكون فى التطبيق الدقيق لقواعد القانون . ومن ناحية أخرى فان الحكم بمقتضى العدالة ، والاعفاء بالتالى من تطبيق قواعد القانون ، لايعنى ترك الحرية للمحكمين بغير قيود . اذ يجب ألا يحكموا فى غير

---

(١) انظر الاحكام المشار اليها فى موريل : بند ٧١٧ ص ٥٤٧ .

(٢) كوستا : بند ٦٦ ص ٨٦ .

(٣) انظر : نقض مدنى ٢٤ فبراير ١٩٧٣ — مجموعة النقض ٢٤ — ٣٢١ — ٥٦ .

(٤) موريل : بند ٧٢٥ ص ٥٥١ .

ما طلب منهم وألا يخرجوا عن حدود الاتفاق على التحكيم ، كما لا يجوز لهم القضاء بحقوق لا تستند الى الوقائع التى ظهرت فى القضية أمامهم (١) ، أو القضاء بما يخالف النظام العام وحسن الآداب فى الدولة.

ويجب كتابة حكم المحكمين (٥٠٧/١) (٢) ، شأنه فى ذلك شأن حكم القضاء العام . فالقانون لا يعرف حكما شفويا ولو كان حكم محكمين . ويدعو الى هذا فضلا عن النص أن حكم المحكمين يودع بالمحكمة ويوضع عليه أمر تنفيذ ، ولا يتصور ايداع أو وضع أمر تنفيذ الا بالنسبة لورقة مكتوبة .

ولم يشأ المشرع أن يتضمن حكم المحكمين جميع البيانات التى ينص عليها القانون بالنسبة لاحكام المحاكم ، ولكن اكتفى بأهم هذه البيانات وهى التى تكفى لكى يحقق حكم المحكمين وظيفته . وهذه هى : صورة من وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم (٣) . ملخص من أقوال الخصوم ومستنداتهم . أسباب الحكم . ومنطوقه . المكان الذى صدر فيه . وتاريخ صدوره وتوقيعات جميع المحكمين (٥٠٧/١) (٤) . فاذا امتنع أحدهم أو أكثر عن التوقيع ، وجب على الباقين اثبات هذا الامتناع فى الحكم (٥) . ولا يكون الحكم صحيحا الا اذا وقعته أغلبية المحكمين (٥٠٧ / ٢) .

وهذه البيانات واردة فى القانون على سبيل الحصر ، فلا يعاب حكم المحكمين لتخلف بيان لم يتطلب القانون ذكره فى ورقة الحكم (٦) .

ولا يوجب القانون النطق بحكم المحكمين ، ولهذا فان النطق غير ضرورى الا اذا اشترطه الاطراف فى عقد التحكيم .

---

(١) ساتا : بند ٥٢٩ ص ٦٣٠ - ٦٣١ .
(٢) وهو أيضا ما تنص عليه المادة ١٠١٦ فرنسى والمادة ٨٢٣ مرافعات ايطالى . انظر : كيوفندا : نظم جزء أول ص ٧٤ .
(٣) ذلك أن سلطة المحكمين مستمدة من الاتفاق على التحكيم ، فذكر هذا البيان يمكن معه التأكد من صدور القرار فى حدود سلطتهم .
(٤) وفى القانون الفرنسى لا يوجد نص مقابل ، ومن المقرر هناك وجوب أن يشتمل حكم المحكمين على ما تشتمل عليه أحكام المحاكم من بيانات (موريل : بند ٧٢٩ ص ٥٥٣) .
(٥) ولم يشترط المشرع ذكر سبب الامتناع عن التوقيع .
(٦) نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٢ - مجموعة النقض ٢٣ - ٢٥٥ - ٤٠ .

٤٤٨ — ايداع حكم المحكمين : بعد كتابة حكم المحكمين ، يجب أن يودع لدى قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر موضوع النزاع • فان كان التحكيم واردا على قضية استئناف ، وجب أن يتم الايداع فى قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر الاستئناف (٢/٥٠٨) • ويجب أن يتم الايداع خلال خمسة عشر يوما من صدور الحكم • ولا يقتصر الايداع على الحكم الفاصل فى الدعوى ، بل ينصرف أيضا الى ما سبقته من أحكام ولو كانت متعلقة بالاثبات أو بسير الاجراءات • كما يجب ايداع أصل وثيقة التحكيم أو شرط التحكيم • وقد قدمنا أن الحكم نفسه يجب أن يتضمن صورة من هذه الوثيقة أو هذا الشرط •

ويقوم المحكم بالايداع اذا كان فردا ، أو أحد المحكمين اذا تعددوا • وعلى قلم الكتاب تحرير محضر بهذا الايداع (١/٥٠٨) • ويلاحظ أن على قلم الكتاب قبول هذا الايداع مادام ينصب على حكم محكمين دون أن تكون له سلطة بحث هذا الحكم من الناحية الموضوعية (١) • ويترتب على عدم الايداع فى الميعاد القانونى ، التزام المحكمين بالتعويض • ولكن لا يعتبر عدم الايداع سببا لبطلان الحكم اذ يتعلق الامر باجراء لاحق على صدور الحكم صحيحا فلا يؤثر فيه •

٤٤٩ — حجية حكم المحكمين : حكم المحكمين هو قرار يطبق القانون ، حلولا محل ارادة الأفراد ، فيعتبر قضاء • ولكنه ليس قضاء عاما • ويترتب على هذا :

أولا : لحكم المحكمين حجية الامر المقضى ، بمجرد صدوره • ولهذا فانه لا يجوز لاى من الخصمين أن يلجأ الى القضاء العام بعد صدوره • ويكون لحكم المحكمين حجية ، ولو كان قابلا للطعن فيه • كما أن الحجية تثبت له ولو قبل شموله بأمر التنفيذ (٢) •

ثانيا : يعتبر حكم المحكمين ورقة رسمية : ولهذا فانه لا يجوز اثبات عكس ماتضمنه من تاريخ أو بيانات أخرى ، الا بالادعاء بالتزوير • وقد ذهب رأى الى أن حكم المحكمين لا يعتبر ورقة رسمية الا بايداعه قلم

---

(١) كوستا : بند ٦٧ ص ٨٧ •

(٢) كيوفندا : نظم جزء أول ص ٧٥ • موريل : بند ٧٣٢ ص ٥٥٥ •

كتاب المحكمة ، وذلك على أساس أن المحكم ليس موظفا عاما حتى يعتبر ما يصدر منه ورقة رسمية (١) • ولكن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء ، سواء فى فرنسا (٢) أو فى مصر (٣) ، هو أن حكم المحكمين يعتبر ورقة رسمية بمجرد صدوره ، ذلك أن اعتبار ورقة ما ورقة رسمية لا يرتبط بصدورها من موظف عمومى (٤) ، بل يكفى أن تصدر من شخص أنيطت به خدمة عامة أو كلفه القانون بعبء عام معين • والمحكم قد اختاره الاطراف — وفقا لاحكام القانون — للقيام بمهمة تطبيق القانون فى حالة معينة • وهو يخضع فى قيامه بهذه المهمة لرقابة الدولة • ولهذا فانه يمكن اعتبار قراره الذى يصدره فى حدود ولايته ورقة رسمية ، ولو قبل الايداع •

ثالثا : ليس لحكم المحكمين وحده قوة تنفيذية : فهو لا يعتبر سندا تنفيذيا الا بصدور أمر من القضاء يعطيه هذه القوة يسمى أمر التنفيذ(٥)، (مادة ٥٠٩) •

ولان حكم المحكمين قضاء خاص يستند الى ارادة الافراد ، فهو من ناحية يمكن أن يخضع — باعتباره قضاء — لطرق الطعن التى تخضع لها أحكام القضاء ، وهو من ناحية أخرى — باستناده الى الاتفاق على التحكيم — يمكن أن يخضع لما يخضع له أى عقد من أمكان رفع دعوى أصلية ببطلانه • وذلك على التفصيل التالى :

٤٥٠ — الطعن فى حكم المحكمين : تختلف التشريعات من حيث مدى طرق الطعن التى يمكن التمسك بها ضد حكم المحكمين • ووفقا لاحكام المجموعة الجديدة ، لا تقبل أحكام المحكمين الطعن فيها بالاستئناف

---

(١) مشار اليه فى : موريل : المرجع والاشارة السابقة •

(٢) موريل : المرجع والاشارة السابقة • فنسان : بند ٨٢٠ ص ١٠٤٨ •

(٣) احمد ابو الوفا : التحكيم ص ٢٦٣ والاحكام التى اشار اليها فى حاشية ١ ص ٢٦٤ •

(٤) عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — جزء ثان — القاهرة ١٩٥٦ — بند ٧٢ ص ١١٥ — ١١٦ •

(٥) انظر فى هذا : للمؤلف : التنفيذ الجبرى بند ٤٩ •

(مادة ٥١٠) • وهذا الاتجاه يخالف اتجاه القانون الفرنسى (١) ، وما كانت تأخذ به المجموعة المصرية الملغاة (٢) • وقد أخذه المشرع الجديد عن المجموعة الايطالية (٣) • على أن القانون المصرى نظم بالنسبة لاحكام المحكمين طريقا للطعن هو التماس اعادة النظر (٤) • فوفقا للمادة ٥١١ ، يجوز الطعن بالتماس اعادة النظر فى حكم المحكمين • ولان حكم المحكمين لايقبل الطعن بالاستئناف فهو حكم يصدر نهائيا ، ولهذا يجوز الطعن فيه بالتماس اعادة النظر دائما • ويكون سببا للالتماس أى سبب من الاسباب التى ينص عليها القانون بالنسبة لاحكام المحاكم ، باستثناء حالة ما اذا كان الحكم قد قضى بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه (١/٥١١) • اذ فى هذه الحالة يكون المحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم ، ويمكن — وفقا للمادة ١/٥١٢ — رفع دعوى أصلية ببطلان حكمه • ورغم أن القاعدة فى الالتماس هى رفعه الى المحكمة التى أصدرت الحكم فان التماس اعادة النظر فى حكم المحكمين لا يرفع الى هيئة المحكمين التى أصدرته ، اذ هذه تنتهى مهمتها باصدار الحكم بل الى « المحكمة التى كان من اختصاصها أصلا نظر الدعوى » (٢/٥١١) • ويرفع الالتماس ويفصل فيه وفقا للقواعد المطبقة على أحكام المحاكم •

٤٥١ — دعوى بطلان حكم المحكمين : قدمنا أن التحكيم يستند الى الاتفاق على التحكيم ، ولهذا فان حكم المحكمين — وان كان يحوز حجية الامر المقضى — يمكن أن ترفع بشأنه دعوى بطلان كما هو الحال بالنسبة للعقود • وفى هذا يختلف حكم المحكمين عن أحكام المحاكم التى تسرى بشأنها قاعدة « لا دعاوى بطلان ضد الاحكام » •

---

(١) وهو محل نقد من الفقه الفرنسى : أنظر : موريل — بند ٧٣٧ ص ٥٥٨ .

(٢) مادة ٨٤٨ مرافعات مصرى ملغى •

(٣) أنظر : كوستا بند ٦٨ ص ٨٨ •

(٤) على أنه يلاحظ ان حكم المحكمين الذى يمكن الطعن فيه أو رفع دعوى أصلية ببطلانه هو الحكم الذى يفصل فى النزاع وينهى الخصومة أما ما يصدر قبل ذلك من أحكام قبل الفصل فى النزاع فلا يجوز الطعن فيها على استقلال (كوستا : بند ٦٩ ص ٦٩) .

وقد نظم القانون الفرنسى دعوى البطلان فى صورة اعتراض على الامر بالتنفيذ exequatur (١٠٢٧) ، ولهذا فانها لا ترفع فى صورة دعوى أصلية وانما فى صورة تظلم من هذا الامر . ومن ناحية أخرى ، لايجوز رفعها قبل صدور هذا الامر (١) . أما فى القانون المصرى ، فقد نظمت دعوى البطلان كدعوى أصلية ضد حكم المحكمين ترفع بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى ولا تسقط الا بالتقادم (٢) وتختص بها المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (مادة ١/٥١٣) . ومسلك المشرع المصرى أكثر توفيقا ذلك أنه لا معنى لربط دعوى البطلان — وهى توجه الى حكم المحكمين — بصدور أمر التنفيذ .

ولا يجوز رفع دعوى بطلان حكم المحكمين الا فى حالات محددة على سبيل الحصر فى المادة ٥١٢ هى :

١ — اذا كان الحكم قد صدر دون استناد الى وثيقة تحكيم أو شرط تحكيم ، أو استند الى وثيقة باطلة أو شرط باطل أيا كان سبب بطلانه ، أو صدر بعد انتهاء الميعاد الذى يجب أن يصدر فيه ، أو صدر فى غير حدود النزاع الذى اتفق على التحكيم بشأنه (٣) .

٢ — اذا كان موضوع النزاع محل التحكيم لم يحدد من الاطراف فى اتفاقهم على التحكيم أو على الاقل أثناء المرافعة ، أو اذا كان التحكيم ينصب على مسألة لايجوز التصالح فيها ، أو كان أحد الاطراف قد اتفق على التحكيم وهو لا يتمتع بأهلية التصرف فى حقوقه (٣/٥٠١ و ٤)، أو اذا كان المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد له اعتباره (٥٠٢ / ١).

---

(١) موريل : بند ٧٣٥ ص ٥٥٦ — ٥٥٧ .

(٢) احمد أبو الوفا : التحكيم بند ١٣١ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٣) هذا ولو كان ما قضى فيه خارج حدود النزاع المتفق عليه لا يمكن فصله عن باقى ما قضى به الحكم (نقض مدنى ٧ مارس ١٩٦٧ — مجموعة النقض ١٨ — ٥٤٣ — ٨٤) على أنه يلاحظ ان للمحكمين أن يقضوا بما يقتضيه الفصل فى النزاع المتفق عليه . فالتحديد فى الاتفاق يرد على النزاع وليس على مضمون حكم المحكم . كما ان للمحكمين البت فى المسائل التى — وان لم ترد فى الاتفاق على التحكيم — يجب حلها لامكان الفصل فى موضوع النزاع .

٣ ـ اذا صدر الحكم من محكمين لم يتفق عليهم الخصوم ، أو صدر من بعضهم دون أن يكون مأذونا لهم بالحكم فى غيبة الآخرين .

٤ ـ اذا وقع بطلان فى الحكم كما لو كان الحكم لم يسبب ، أو لم يوقع عليه ، أو وقع بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم .

وترفع دعوى البطلان من ذى الصفة ، وفقا للقواعد العامة . ويختلف ذو الصفة باختلاف سبب البطلان . فاذا كان السبب هو بطلان الاتفاق على التحكيم لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، فان الدعوى ترفع من هذا المتعاقد دون غيره ، أما اذا كان هو خروج المحكمين عن سلطتهم المقررة وفقا للاتفاق ، فلكل طرف من أطرافه التمسك بالبطلان . ففى كل حالة يبحث فيمن تقررت القاعدة المخالفة لمصلحته ، فيكون له الحق فى التمسك بالبطلان . ويكون لكل طرف التمسك بالبطلان فى حالة تعلق البطلان بالنظام العام .

ويلاحظ أن دعوى البطلان جائزة ، ولو حدث النزول عن الطعن فى الحكم، ذلك أنها لا تعتبر طريقا للطعن بالمعنى الصحيح (١) . ومن ناحية أخرى ، فانه لا يجوز النزول مقدما عن التمسك بالبطلان (٥١٣/٢) (٢) . على أنه اذا صدر الحكم ، فلمن له الحق فى التمسك بالبطلان النزول عنه . ولكن هذا النزول لا يلزم غيره من أطراف عقد التحكيم ، اذا كان لهذا الطرف الاخر الحق فى التمسك بالبطلان .

ووفقا لاحكام القانون الايطالى ، اذا نظرت المحكمة دعوى البطلان وقضت ببطلان القرار التحكيمى ، فانها تنظر موضوع النزاع (٣) . وهذا الحكم يتسق مع نظرة القانون الايطالى لدعوى بطلان حكم المحكمين

---

(١) موريل : بند ٧٣٦ ص ٥٥٧ . ابو الوفا : التحكيم ص ٣٠٠ .

(٢) كوستا : بند ٢٨ ص ٨٨ . موريل : الاشارة السابقة . ساتا : بند ٥٣٢ ص ٦٣٣ .

(٣) كوستا : بند ٦٨ ص ٩٠ . ساتا : بند ٥٣٤ ص ٦٣٣ .

باعتبارها الطريق العادى للطعن فيه (١) • على أنه لا يمكن فى القانون المصرى التسليم بمثل هذه السلطة دون نص • وانما تنتهى مهمة المحكمة عند القضاء ببطلان الحكم • ولذى الشأن أن يرفع دعواه الموضوعية أمام القضاء وفقا للقواعد العامة •

المبحث السادس

التحكيم فى منازعات القطاع العام

٤٥٢ ـ تقدير النظام : يتضمن القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ (٢) ـ فى المواد من ٥٦ الى ٦٩ منه ـ نصوصا تقنن نظاما خاصا للتحكيم فى منازعات القطاع العام (٣) •

ويستند وضع هذا النظام الخاص الى أساسين (٤) : (أ) أن منازعات القطاع العام لا تعتبر منازعات حقيقية بين مصالح متعارضة ، اذ أيا كان من يكسب القضية أو يخسرها فالأمر يعود فى النهاية الى الدولة صاحبة جميع شركات القطاع العام • (ب) توفير الجهد والنفقات والبعد عن بطء الاجراءات الذى تتسم به الخصومات أمام المحاكم • وهو ما يؤدى ـ من ناحية أخرى ـ الى تخفيف العبء عن هذه المحاكم •

---

(١) انظر : ساتا : بند ٥٣٢ ص ٦٣١ ـ ٦٣٢ .

(٢) باصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته . (نشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٣١ تابع (أ) فى ١٩٨٣/٨/٤) وقد حل محل القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ .

(٣) وقد جاء هذا النظام لاول مرة فى قرار لمجلس الوزراء المصرى فى ١٠ يناير ١٩٦٦ ، ثم تضمنه القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ .

(٤) انظر : محسن شفيق : الموجز فى القانون التجارى ـ جزء اول ١٩٦٧ ـ ١٩٦٨ ـ بند ٥٢٣ ص ٥٠٣ . اميرة صدقى ـ النظام القانون للمشروع العام ودرجة أصالته ـ رسالة للدكتوراه ١٩٧١ ص ٦٢٣ . ابو زيد رضوان ـ شركات المساهمة والقطاع العام (مع د. حسام عيسى) ـ ١٩٧٦ ص ٢٥٣ . محمود سمير الشرقاوى : القانون التجارى ـ الجزء الأول ١٩٧٨ ص ٤٦٣ .

على أن الأخذ بهذا النظام يلاقى بعض الاعتراض من الفقه • وأهم ما يوجه اليه (١) : (أ) أنه يؤدى الى الاخلال بمبدأ وحدة القضاء ، هذا المبدأ الذى يوصى بعرض جميع المنازعات على جهة قضاء واحدة • (ب) أنه اذا كان هناك مبرر لوجود هيئة متخصصة للنظر فى منازعات القطاع العام ، فانه يمكن أن يعهد بهذه المنازعات لدائرة مخصصة ، أو لمحكمة متخصصة ، ضمن تشكيلات جهة المحاكم • (ج) أن هذا النظام يكلف أعباء مالية كبيرة تتمثل فى المكافآت المالية التى تمنح للمحكمين ومعاونيهم • (د) أن هذه المكافآت نفسها تعتبر وسيلة للمساس باستقلال القضاء (٢) •

٤٥٣ — **تشكيل هيئة التحكيم :** تشكل هيئة تحكيم مختلفة بالنسبة لكل نزاع • فلا توجد هيئة تحكيم مشكلة مقدما لنظر ما قد ترفع اليها من الدعاوى • وفى هذا تختلف هيئة التحكيم عن المحاكم القضائية عادية كانت أو استثنائية •

ويصدر بتشكيل هيئة التحكيم — بالنسبة لنزاع معين — قرار من وزير العدل (مادة ٥٧) • وتتكون الهيئة من رئيس يجب أن يكون أحد رجال القضاء من درجة مستشار يختاره وزير العدل • فان كانت الدعوى مما تدخل أصلا فى ولاية القضاء الادارى ، فيكون من مستشارى مجلس الدولة يرشحه رئيس المجلس • أما أعضاء الهيئة فيختلف عددهم حسب عدد الخصوم الأصليين ، اذ يمثل كل خصم عضو • ويقوم كل خصم باختيار العضو الذى يمثله خلال أسبوعين من أخطاره بصورة من طلب

---

(١) محمد عبد الخالق عمر : نظام التحكيم فى منازعات القطاع العام — مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٨ ص ٢٠١ . أميرة صدقى : رسالة ص ٦٤٠ •

(٢) انظر انتقادات اخرى فى : قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفييتى — للمؤلف — مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٧ — السنة ٣٧ ص ٢٨٧ — ٢٨٨ •

التحكيم وتكليفه باختيار محكم عنه (١) • فاذا تم هذا الاخطار صحيحا، ولم يبلغ الخصم وزارة العدل خلال الميعاد المذكور بالمحكم الذى اختاره، قام وزير العدل باختيار أحد القضاة كمحكم عن هذا الخصم (مادة٥٩/٢و٣) • ولا يشترط أن يكون هذا المحكم من درجة مستشار •

ولم يشترط القانون أى شروط خاصة فى المحكم الذى يختاره الخصم • فتطبق عليه ما سبق ذكره بالنسبة للمحكم فى التحكيم الاختيارى •

وقد واجه هذا التشكيل انتقادا من الفقه يتركز فى سببين :

١ — من الأفضل عدم تخويل الخصوم اختيار المحكمين ، اذ كل خصم سيختار المحكم الذى يدافع عن مصلحته ، فلن يكون هذا المحكم محايدا • ومن الأفضل أن يكون الاختيار من أعضاء محايدين ذوى تخصصات فنية (٢) • ولهذا كان من الأفضل — عند عدم اختيار الخصم من يمثله — ألا يقيد وزير العدل باختيار محكم من القضاة ، اذ قد يقتضى النزاع اختيار عنصر فنى متخصص (٣) •

٢ — قد يتعدد الخصوم على نحو تكون الأغلبية منهم فى جانب له مصلحة واحدة مشتركة والأقلية فى جانب آخر ، فيصدر الحكم حتما

---

(١) وخشية من غياب هذا المحكم اذا شعر باحتمال خسارة الخصم الذى اختاره ، اذا تخلف هذا المحكم عن حضور جلستين بغير عذر مقبول جاز لوزير العدل اختيار محكم بدله من رجال القضاء . (قرار وزير العدل رقم ٢١٥ لسنة ١٩٧٢ — مشار اليه فى شمس ميرغنى : التحكيم فى منازعات القطاع العام — رسالة دكتوراه لجامعة القاهرة ١٩٧٤ — ص ٤٩٦) .

(٢) قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفيتى — للمؤلف — ص ٢٨٧ . اكثم الخولى : الموجز فى القانون التجارى — جزء أول ١٩٧٠ — بند ٦٦٧ ص ٧٤٨ . محمود سمير الشرقاوى : بند ٤٧٧ ص ٤٦٥ . اميرة صدقى : ص ٦٣١ . وانظر ردا على هذا النقد فى : محمد عبد الخالق عمر — ص ٢٢٦ ، ابو زيد رضوان : بند ٢٢٦ ص ٢٤٠ — ٢٤١ .

(٣) محمود سمير الشرقاوى : بند ٤٧٨ ص ٤٦٦ .

لصالح الأغلبية اذ سيحكم من اختاروهم كمحكمين لصالحهم ٠ وليس هذا قضـــاء (١) ٠

٥٤ ــ **نطاق التحكيم :** حددت المادة ٥٦ من قانون ٩٧ لســنة ١٩٨٣ الدعاوى التى تنظرها هيئة التحكيم ٠ وقد عبرت هذه المادة عن هــذه الدعاوى بلفظ « المنازعات » ، ولكن هذا التعبير لا ينفى أن هيئة التحكيم انما تنظر دعاوى ٠ ويخضع ما يتعلق بنشأة الدعوى وشروطها وشرط قبول نظرها ــ وهو المصلحة ــ الى القواعد العامة فى نظرية الدعوى ٠ كما أن الدعاوى التى تختص بها الهيئة يمكن أن تكون دعاوى منشــئة أو مقررة أو دعاوى الزام ويستوى أن تكون الدعوى مدنية أو تجارية(٢)، أو ادارية ٠ ولا عبرة بنوع الدعوى أو قيمتها ٠

والتحكيم أمام هيئة تحكيم القطاع العام هو تحكيم اجبارى بالنسبة لأطرافه ٠ فليس لأى من أطراف الدعوى رفعها الى المحكمة المختصــة أصلا بها ، بل يجب رفعها الى هيئة التحكيم ٠ وذلك سواء رفعت الدعوى بصفة أصلية أم فى صورة دعوى فرعية (٣) ٠

ويكون التحكيم اجباريا على هذا النحو بالنسبة لنوعين من الدعاوى (مادة ٥٦) :

١ ــ الدعاوى بين شركات القطاع العام ٠ فكل دعوى يكون فيها كل من المدعى والمدعى عليه من شركات القطاع العام يجب رفعها الى هيئة التحــكيم ٠

٢ ــ الدعاوى بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومة مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤســسة عامة ٠

---

(١) محسن شفيق : بند ٥٢٤ ص ٥٠٤ اكثم الخولى : بند ٦٦٧ ص ٧٤٧ . وانظر ردا على هذا النقد فى ابو زيد رضــوان ــ بند ٢٢٨ ص ٢٤١ ــ ٣٤٢ .

(٢) محمد عبد الخالق عمر : ص ٣١٩ .

(٣) ولهذا ، لا تكون للمحاكم ولاية نظر دعوى ضمان فرعية تقام ، اثناء قيام خصومة أمام جهة المحاكم ، من هيئة عامة ضد احدى شركات القطاع العام . (نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق .) .

ومن هذا يتضح أن التحكيم لا يكون اجباريا الا اذا كان أحد الطرفين شركة قطاع عام . أما الطرف الآخر ، فانه قد يكون شركة قطاع عام أو جهة حكومية أو هيئة عامة أو هيئة قطاع عام أو مؤسسة عامة . فاذا قام نزاع بين جهتين حكوميتين أو جهة حكومية وهيئة عامة أو مؤسسة عامة ، فانه لا يعرض على هيئة التحكيم (١) ، رغم قيام مبررات التحكيم الاجبارى بالنسبة لهذه المنازعات . ذلك أن هذا التحكيم الاجبارى يعتبر استثناء لا يجوز التوسع فى تفسير حالاته أو القياس عليها (٢) .

ولنفس العلة ، فانه اذا تعددت الخصوم وكان أحدهم شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا خاصا — الى جانب شركتى قطاع عام أو شركة قطاع عام وجهة حكومية أو هيئة عامة — فلا تتوافر حالة تحكيم اجبارى من هذا النوع (٣) . وتطبيقا لهذا حكم بأنه اذا كانت المدعى عليها وهى شركة قطاع عام قد أختصمت أيضا بصفتها وكيلة عن باخرة أجنبية ، فان الاختصاص يكون للمحاكم وليس لهيئة التحكيم (٤) .

واذا تعلق الأمر بدعوى من الدعاوى التى تدخل فى التحكيم الاجبارى ، فانه يجب رفعها الى هيئة التحكيم ، فلا يقبل رفعها الى القضاء العادى أو أية هيئة قضائية استثنائية .

وفى ظل القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، كان لهيئات تحكيم القطاع العام اختصاص بالنسبة للمنازعات التى يكون أحد طرفيها شركة قطاع عام والآخر شخص خاص اذا قبل هذا الأخير اختصاصها . ولكن هذا الاختصاص لم يظهر فى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ . وبهذا أصبح كل ما تقوم به هيئات تحكيم القطاع العام هو تحكيم اجبارى . ولا مجال أمامها لأى تحكيم اختيارى يتم باتفاق الطرفين ، أو برضاء أحدهما .

---

(١) محسن شفيق : بند ٥٢٣ ص ٥٠٤ . محمود سمير الشرقاوى : بند ٤٧٦ ص ٤٦٤ . أبو زيد رضوان : بند ٢٢٢ ص ٢٢٨ . وانما يدخل هذا النزاع فى اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة (مادة ٦٦ من ق. مجلس الدولة) .

(٢) ابو الوفا : بند ١٣٦ ص ٣١٤ . اميرة صدقى : ص ٦٢٤ .

(٣) محمد عبد الخالق عمر : ص ٢١٨ .

(٤) نقض مدنى ١٩ يناير ١٩٨١ فى الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٤٨ ق . ١٢ مايو ١٩٧٤ — مجموعة النقض ٢٥ — ٨٥٩ — ١٣٩ .

ويلاحظ أنه رغم أن الالتجاء الى هيئات تحكيم القطاع العام يعتبر اجباريا في النطاق الذى ينص عليه القانون ، فانه يجوز لطرفى النزاع الاتفاق على تحكيم اختيارى يتم وفقا لقواعد قانون المرافعات . ذلك أن المشرع بتنظيمه التحكيم الاجبارى قد جعله عوضا عن رفع الدعوى أمام المحاكم ، ولم يمنع به التحكيم الاختيارى الذى للخصوم وفقا للقواعد العامة . ولهذا فان للخصوم أن يتصالحوا فيما بينهم (١) أو يتفقوا على تحكيم اختيارى . ومثل هذا الاتفاق صحيح — وفقا لقواعد قانون المرافعات سواء قبل نشأة النزاع أو بعد نشأته .

٤٥٥ — التكييف القانونى لهيئة التحكيم : سبق عند الكلام عن التحكيم الاجبارى أن أبرزنا صعوبة التفرقة بين هذا التحكيم وبين هيئات القضاء الاستثنائى (٢) . ويقدم لنا التحكيم فى منازعات القطاع العام مثالا بارزا لهذه الصعوبة . فهل تعتبر هيئة تحكيم القطاع العام هيئة تحكيم أم تعتبر محكمة استثنائية أى محكمة خاصة ؟

يذهب جمهور الكتاب الى اعتبارها محكمة قضائية خاصة . فهى « هيئة قضائية متخصصة » (٣) ، « هيئة قضائية بالمعنى الصحيح » (٤) ، وهى تعتبر بذلك « نوعا من القضاء العام » (٥) .

وفى تقديرنا أن الأمر يتعلق بهيئة تحكيم وليس بمحكمة قضائية استثنائية (٦) . ويتضح ذلك من أمرين : (أ) أن الهيئة تشكل بمناسبة كل نزاع ، وليس بصفة دائمة . (ب) أن الخصوم يختارون معظم أعضائها .

---

(١) أبو الوفا — بند ١٣٦ ص ٣١٦ .

(٢) ما سبق بند ٢٠ .

(٣) أبو الوفا : بند ١٧ ص ٤٦ . اميرة صدقى : ص ٦٣٦ . شمس ميرغنى : ص ٥٤٦ .

(٤) محمد عبد الخالق : ص ٢٢٨ . فتحى عبد الصبور : الشخصية المعنوية للمشروع العام — رسالة للدكتوراه — بند ٥٠٦ ص ٦٣٠ — ٦٣١ .

(٥) وجدى راغب : النظرية العامة للتنفيذ القضائى — ص ١١٤ هامش ٢ .

(٦) وهو امر مسلم به بالنسبة لهيئات التحكيم العام فى الاتحاد السوفييتى . (قانون القضاء المدنى فى الاتحاد السوفييتى — للمؤلف — ص ١٤٨ بند ١٠) .

وهاتان السمتان هما اللتان تميزان - كما قدمنا - (١) هيئة التحكيم الاجبارى عن المحكمة ذات الاختصاص الاستثنائى . حقيقة أن القانون (مادة ٦٦) ينص على أن قرار هيئة التحكيم - على خلاف قرارات المحكمين - لا تحتاج لأمر تنفيذ . ولكن هذه السمة تعود الى أن رئيس الهيئة هو أحد رجال القضاء ، ولا تكفى وحدها لاعتبار الهيئة محكمة قضائية استثنائية .

ويترتب على التكييف الذى نقول به عدة نتائج هامة :

١ - تنطبق على الخصومة أمام هيئة التحكيم القواعد التى ينص عليها القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ المنظم لها ، وعند عدم النص ، تطبق القواعد الواردة فى الباب الخاص بالتحكيم فى قانون المرافعات (٢) ، (٣) . فلا يجوز - عند عدم النص - تطبيق قواعد الخصومة العادية أمام القضاء ، وهو ما كان يجب القول به اذا اعتبرنا هيئة التحكيم محكمة قضائية خاصة .

٢ - اذا عرض على هيئة التحكيم نزاع ليس لها سلطة نظره وفقا للقانون ، فليس لها - اذ هى ليست محكمة - تطبيق المادة ١١٠ مرافعات وأحالة الدعوى الى الجهة القضائية ذات الولاية .

٣ - اذا عرض نزاع على احدى المحاكم ، مما يدخل فى سلطة هيئة التحكيم ، فان المحكمة أيضا لاتطبق المادة ١١٠ اذ الاحالة لا تكون وفقا لنص هذه المادة - الا « الى المحكمة المختصة » . وهيئة التحكيم ليست كذلك (٤) .

---

(١) ما سبق بند ٢٠ . وانظر : بيرو - التحكيم - بند ٦ ص ١٨ .

(٢) جان بيرو : التحكيم - (١٩٦٧) - رقم ٦ ص ٨١ . وجا فيه أنه « بالنسبة لاجراءات التحكيم الاجبارى . اذا سكت المشرع خضع التحكيم لباب التحكيم الوارد فى قانون المرافعات » .

(٣) وذلك مع ملاحظة استبعاد القواعد التى تعود الى المصدر التعاقدى للتحكيم الاختيارى الذى ينظمه قانون المرافعات ، والتى لا تتفق مع كون تحكيم منازعات القطاع العام تحكيما اجباريا .

(٤) أنظر مع اختلاف العلة : أبو الوفا - بند ١٥٢ ص ٣٤٨ . عكس هذا : محمد كمال عبد العزيز ص ٢٥٧ . نقض مدنى ٢٧ مارس ١٩٧٩ - فى الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ ق .

٤ — اذا قام « تنازع » بين هيئة التحكيم وبين أية محكمة أخرى سواء كانت محكمة عادية أو استثنائية ، فلا تتوافر حالة تنازع فى الولاية . ولا تكون للمحكمة الدستورية العليا سلطة حل هذا التنازع (١) .

٤٥٦ — اجراءات خصومة التحكيم :

١ — يقدم طلب التحكيم الى وزير العدل من أى من الخصوم ويقوم « مكتب التحكيم » — وهو مكتب أنشىء بوزارة العدل من عدد من رجال القضاء والموظفين الاداريين والكتابيين يتولى مهمة « قلم الكتاب » — بقيد طلب التحكيم فى سجل خاص معد لذلك ، وذلك بعد أداء الرسم المقرر (٢) ويخطر باقى الاطراف به مع تكليف كل منهم باختيار محكم يمثله . ويجب أن يتضمن الطلب أسماء الخصوم وممثليهم القانونيين وموضوع النزاع وطلبات المدعى . ويجب أن ترفق به عند تقديمه جميع المستندات المؤيدة له (مادة ٥٩) .

٢ — وبعد تقديم الطلب ، واختيار هيئة المحكمين ، يقوم رئيس هيئة التحكيم — من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذى المصلحة أو عرض مكتب التحكيم — بتحديد ميعاد الجلسة ومكان انعقادها . ويقوم مكتب التحكيم باعلان جميع الخصوم — بمن فيهم المدعى — بهذا الميعاد (مادة ٦٠) .

ووفقا للمادة ٦١ ، يكون اعلان جميع الأوراق المتعلقة بهذا التحكيم والاخطارات التى يوجهها مكتب التحكيم بالبريد المسجل مع علم الوصول . فلا يلزم أن يكون الاعلان بواسطة ورقة محضرين . وان كان لايوجد ما يمنع من أن يتم اعلان الأوراق بهذه الطريقة . على أنه من ناحية أخرى ، لا يكفى الاعلان بالبريد العادى أو بطريق البرق أو الهاتف .

٣ — تقوم هيئة التحكيم باجراءات التحقيق المختلفة كسماع شهود ومعاينة مكان أو الاستعانة بخبير أو استجواب خصم . ويمكن أن تقوم

---

(١) عكس هذا : ابو الوفا — التحكيم — بند ١٣٨ ص ٣٢٢ .

(٢) ووفقا للمادة ٦٨ « تسرى على رسوم التحكيم القواعد المقررة فى قانون الرسوم القضائية فى المواد المدنية وذلك بحد اقصى قدره مائة الف جنيه » .

هيئة التحكيم بذلك بكاملها أو أن تندب أحد أعضائها للتحقيق • (مادة ٦٣) • وهى فى هذا شأنها شأن أية هيئة للتحكيم الاختيارى • على انه لأن رئيس الهيئة — بنص المادة ٥٧ — يجب أن يكون أحد المستشارين ، فقد خوله القانون — دون باقى المحكمين — سلطة الجبر التى للقضاة • ولهذا تنص المادة ٦٣ على أن يحكم رئيس الهيئة على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الاجابة بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تجاوز عشرين جنيها • ويجوز اعفاء الشاهد من الغرامة اذا حضر وأبدى عذرا •

٤ — لا تطبق قواعد الحضور والغياب التى ينص عليها القانون بالنسبة للخصومة أمام المحاكم • ولكن تنص المادة ٦٤ على أنه اذا لم يحضر أحد الخصوم بعد اعلانه بميعاد الجلسة ، فلهيئة التحكيم ألا تلقى بالا لغيابه • فهى لا تلتزم باعادة اعلانه وانما يكون لها أن تقضى فى النزاع فى غيبته • على أنه رغم هذا النص ، فانه احتراما لمبدأ المواجهة والحق فى الدفاع ، ليس للهيئة أن تحكم فى غيبته الا بعد التأكد من صحة اعلانه •

٥ — وفقا للمادة ٦٢ ، تنظر هيئة التحكيم النزاع المطروح أمامها « على وجه السرعة » • وهذا الاصطلاح كان له مدلول قانونى قبل مجموعة المرافعات سنة ١٩٤٩ أما بصدور هذه المجموعة ، فقد زال أى أثر قانونى لهذا الاصطلاح (١) •

٦ — تنظر هيئة التحكيم النزاع « دون تقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية » الا ما تعلق منها بالضمانات والمبادىء الأساسية فى التقاضى (مادة ٦٢) • وهذا النص يطبق على هيئة التحكيم ما تنص على المادة ١/٥٠٦ بالنسبة للتحكيم الاختيارى والوارد فى الباب المخصص للتحكيم فى قانون المرافعات • وهو ما يؤكد تكييفنا للهيئة كهيئة تحكيم وليس كمحكمة استثنائية • فهذه الهيئة لا تلتزم بالقواعد (الاجرائية) الواردة فى قانون المرافعات بالنسبة للخصومة العادية• ويقتصر التزامها على :

---

(١) أنظر ما سبق ص ١٥٤ هامش ٣ .

(أ) القواعد التى تتضمنها المواد الواردة فى قانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ الذى ينظمها .

(ب) الضمانات والمبادىء الأساسية فى التقاضى ، مثلها مثل التحكيم الاختيارى . ومن هذه مبدأ احترام حقوق الدفاع ، ومبدأ عدم قضاء القاضى بعلمه الخاص ، ومبدأ المواجهة .

(ج) القواعد الواردة فى باب التحكيم فى قانون المرافعات باعتبارها تشتمل على القواعد العامة للتحكيم (١) . وذلك حيث لايوجد نص خاص فى المواد سالفة الذكر فى قانون سنة ١٩٨٣ .

٤٥٧ — الاختصاص بالدعوى الوقتية المتعلقة بمنازعات القطاع العام : تدخل الدعوى الوقتية فى اختصاص قاضى الأمور المستعجلة . وأساس رأينا أن الأمر هنا كما هو بالحال بالنسبة لأى تحكيم . فهيئة التحكيم ليس لها أن تنظر الا الدعوى الموضوعية ، أما الدعوى الوقتية فهى لاتنظرها الا اذا نص القانون على نظرها لها . ولم يخول قانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ هيئات التحكيم سلطة النظر فى الدعاوى الوقتية فتبقى من اختصاص قاضى الأمور المستعجلة (٢) ، (٣) .

٤٥٨ — حكم هيئة التحكيم : حددت المادة ٦٢ ميعاد ثلاثة أشهر من تاريخ القرار الصادر بتشكيل هيئة المحكمين ، يجب على الهيئة اصدار حكمها خلاله . على أن هذا الميعاد تنظيمى لا يترتب على مخالفته بطلان الحكم (٤) .

---

(١) نقض مدنى ١٦ فبراير ١٩٧١ — مجموعة النقض ٢٢ — ١٧٩ — ٣١ .

(٢) من هذا الراى : احمد ابو الوفا — بند ١٣٩ ص ٣٢٣ . ولكن لانه يرى ان هيئة التحكيم هيئة قضائية استثنائية فانه لم يستطيع تبرير اختصاص قاضى الامور المستعجلة تبريرا مقنعا .

(٣) وذلك باستثناء المنازعات الوقتية فى تنفيذ قرار هيئة التحكيم اذ ينص القانون على اختصاص هيئة التحكيم بها (مادة ٦٧ من قانون ١٩٨٣) فتختص بها دون قاضى التنفيذ .

(٤) محسن شفيق : بند ٥٢٧ ص ٥٠٦ . اكثم الخولى : بند ٦٦٨ ص ٧٤٨ . محمد عبد الخالق ص ٢٢٤ . عكس هذا : احمد ابو الوفا بند =

ويصدر الحكم بالأغلبية . فاذا تساوى الجانبان ، رجح الجانب الذى فيه الرئيس (مادة ٦٥) .

وعلى الهيئة أن تطبق قواعد القانون الموضوعى ، شأنها شأن أية هيئة تحكيم (مادة ٥٠٦ مرافعات) . وليس للهيئة أن تحكم باعتبارها مفوضة بالصلح دون التقيد بقواعد القانون . ذلك أن الأصل فى التحكيم هو أنه تحكيم عادى ما لم ينص القانون — أو يتفق الأطراف — على خلاف ذلك ، ولم ينص القانون على اعتبار هذا التحكيم تحكيما مع التفويض بالصلح فيعتبر تحكيما عاديا (١) .

ويجب كتابة الحكم ، شأنه فى هذا شأن أى حكم محكمين . ويجب أن تتضمن ورقة الحكم ملخصا موجزا لاقوال الخصوم ومستنداتهم ، وأسباب الحكم ومنطوقه ، والمكان الذى صدر فيه وتاريخ صدوره . ويجب أن يوقع الحكم من كل من رئيس هيئة التحكيم وأمين السر . وبعد كتابة الحكم ، يودع مكتب التحكيم . ويقوم هذا المكتب باخطار الخصوم بايداع الحكم (مادة ٦٥) . ويلاحظ أنه لا تكتب من الحكم مسودة ونسخة أصلية ، اذ الأمر لا يتعلق بحكم محكمة بل بحكم محكمين . كما يلاحظ أنه يكفى توقيع رئيس هيئة التحكيم وأمين السر،

=

١٤٩ ص ٣٤٥ ويرى انه يترتب على تجاوز هذا الميعاد انعدام الحكم . وهو يستند الى ان الامر يتعلق بتحكيم يعتبر استثناء على التقاضى امام المحاكم . (وهذا عكس رايه بالنسبة لتكييف هيئة التحكيم فى منازعات القطاع العام) . على اننا رغم اعتبارنا ان هيئة التحكيم هنا تعتبر هيئة تحكيم وليست محكمة استثنائية نرى أن ميعاد اصدار الحكم المنصوص عليه فى المادة ٦٢ هو ميعاد تنظيمى . ذلك ان التحكيم الاجبارى مستمد من القانون ، وليس مستمدا — كالتحكيم الاختيارى — من الاتفاق . فسلطة المحكمين مصدرها القانون . ولهذا ليس لاطراف التحكيم الاجبارى — على خلاف التحكيم الاختيارى فى قانون المرافعات — تحديد مدة اقل لاصدار الحكم .

(١) اكثم الخولى : بند ٦٦٨ ص ٧٤٨ . اميرة صدقى : ص ٦٣٦ . ابو زيد رضوان : ٢٢٩ ص ٢٤٢ .

فلم يوجب القانون توقيع باقى أعضاء هيئة التحكيم • ويقوم مكتب التحكيم بتسليم من صدر الحكم لصالحه صورة من الحكم مذيلة بالصيغة التنفيذية (مادة ٢/٦٦) ولم يوجب القانون النطق بالحكم • فهو أمر غير لازم •

٤٥٩ ـ حجية الحكم والطعن فيه ودعوى بطلانه : يعتبر حكم هيئة التحكيم ـ شأنه شأن أى حكم محكمين ـ عملا قضائيا يفصل فى دعوى • ويحوز حجية الأمر المقضى • وتعتبر ورقة الحكم ورقة رسمية •

ووفقا للمادة ٦٦ « تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافذة وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من وجوه الطعن » • وهذا النص قاطع ليس فقط فى نهائية الحكم أى عدم قابليته للطعن فيه بالاستئناف ، بل أيضا فى عدم قابليته للطعن بأى وجه من الوجوه • ولهذا فانه لا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن جميعا عادية أو غير عادية • فهو لا يقبل الطعن بالنقض أو بالتماس اعادة النظر • حقيقة أن المشرع يجيز الطعن فى أحكام المحكمين بالتماس اعادة النظر (مادة ٥١١) ، وحكم هيئة التحكيم يعتبر حكم محكمين • ولكن المشرع قطع بنصه فى المادة ٦٦ سالفة الذكر فى عدم قابلية حكم هيئة التحكيم للطعن بأى طريق ، ومن بينها التماس اعادة النظر • ولا يجوز تطبيق نص عام (المادة ٥١١) بالنسبة لنطاق يوجد بشأنه نص خاص مانع للطعن (١) •

على أنه اذا لم يكن حكم هيئة التحكيم يقبل الطعن بأى طريق ، فانه يمكن رفع دعوى أصلية ببطلانه استنادا الى المادة ٥١٢ مرافعات(١) حيث تتوافر حالة من الحالات التى تشير اليها هذه المادة • ذلك أن دعوى

---

(١) عكس هذا : اكثم الخولى ـ بند ٦٦٨ ص ٧٤٩ وهامش ٢ . احمد أبو الوفا : بند ١٦٠ ص ٣٥٧ . وهو رأى يصعب الاخذ به مع صريح نص المادة ٦٦ .

(٢) محسن شفيق ـ بند ٥٢٨ ص ٥٠٧ اكثم الخولى : الاشارة السابقة محمود سمير الشرقاوى : ص ٤٦٧ وهامش ١ .

البطلان لا تعتبر طريقا للطعن بالمعنى الصحيح ، كما أنه يجب تطبيق قواعد قانون المرافعات الواردة فى باب التحكيم فيما لم يرد بشأنه حكم خاص بهيئات التحكيم فى منازعات القطاع العام .

وترفع دعوى البطلان أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع (مادة ١/٥١٣) (١) بالاجراءات المعتادة لرفع الدعاوى . ويقبل الحكم الصادر فيها الطعن وفقا للقواعد العامة . واذا قضت المحكمة ببطلان حكم المحكمين ، انتهت مهمتها عند هذا الحد . ولذى الشأن — ان أراد — أن يرفع المنازعة مرة أخرى الى هيئة التحكيم .

« تم بعون الله وتوفيقه »

---

(١) عكس هذا : ابو زيد رضوان — بند ٢٣١ ص ٢٤٤ — ٢٤٥ . ويرى أن يكون الاختصاص بالدعوى لنفس هيئة التحكيم . وانظر ابو الوفا : بند ١٦٠ ص ٣٦١ ويرى رفع دعوى البطلان الى هيئة تحكيم جديدة غير الهيئة التى اصدرت الحكم .

بيان بموضوعات الكتاب

صفحة

مقـــدمة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى : الاختصاص النوعى

صفحة

صفحة

صفحة

المبحث الثانى : تعدد الخصوم

المطلب الاول : التعدد عند بدء الخصومة

صفحة

صفحة

صفحة

الصفحة

الصفحة

تم الطبع بالمراقبة العامة
لمطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى
المراقب العام
البرنس حموده حسين
١٩٨٧/٥/١

رقم الايداع ١٩٨٧/٣٣٧١

(مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٨٦/١٠٤٤/٥٠٠٠)